DIE ENTWICKLUNG DES BEGRIFFES MORD BIS ZUR CAROLINA: EIN...

Philipp Allfeld

Die

Entwicklung des Begriffes

Mord

bis zur Carolina.

Ein rechtsgeschichtlicher Versuch

von

Dr. Philipp Allfeld.

Erlangen 1877.

Verlag von Andreas Deichert.

Druck von E. Th. Jacob in Erlangen.

Einleitung.

Unter den Gründen, welche von den Anhängern der Todesstrafe für deren Beibehaltung in's Feld geführt werden, spielt eine grosse Rolle die Forderung einer äusserlichen Widervergeltung, gipfelnd in dem Satze: „Leben um Leben;“ und zwar wird diese absolute Forderung zurückgeführt bald auf das mosaische Recht als unmittelbare Anordnung Gottes [1]), bald, ausserhalb dieses religiösen Standpunktes, auf eine dem menschlichen Gerechtigkeitsgefühle entsprechende vernunftgemässe Nothwendigkeit, wonach das schwerste Verbrechen mit der schwersten Strafe, Blut mit Blut gesühnt werden müsse. Man hält also einerseits an dem im alten Testamente herrschenden Grundsatze der Talion mit Rücksicht auf dieses Eine Verbrechen hartnäckig fest, obwohl kaum Jemand wird behaupten können, dieser Grundsatz könne heute etwa auch noch auf andere strafbare Handlungen Anwendung finden, oder es seien gar auch sonstige Bestimmungen des mosaischen Strafrechts noch geltende Norm. (Man denke nur z. B. an die Bestrafung von Thieren u. ähnl.) [2]). Wenn aber die consequente Durchführung der biblischen Sätze unmöglich ist,

1) Namentlich auf Exodus XXI. 14: „Siquis per industriam occiderit“ etc.

2) Vgl. v. Holtzendorff: „das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe“ S. 189 ff.

kann dann einem einzelnen, beliebig herausgegriffenen eine uns bindende Kraft beigelegt werden?

Wie schlimm es aber anderseits mit der absoluten Forderung der Gerechtigkeit, mit dem in jedem Menschenherzen wohnenden Gefühle der Nothwendigkeit äusserlicher Vergeltung einer Menschentödtung steht, das geht u. A. schon daraus hervor, dass zeitweilig die Römer wie die Germanen auf die Tödtung überhaupt nicht die Todesstrafe setzten, noch mehr aber daraus, dass, sobald die absichtliche Tödtung einmal mit dem Verluste des Lebens bedroht war, dieser entweder ohne Unterschied eintrat, oder doch, insoferne unterschieden wurde, die Voraussetzungen des Eintrittes der Todesstrafe zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Territorien verschiedene waren, wenn auch gewisse Charakterzüge die begriffliche Auffassung dieser Voraussetzungen innerhalb grösserer oder kleinerer Zeiträume und Gebiete kennzeichnen.

Welche Ungleichheit insbesondere noch vor dem Erscheinen unseres gegenwärtigen deutschen Reichs-Strafgesetz-Buches in Bezug auf den Begriff des „schwersten" Verbrechens, für das schon die menschliche Vernunft und die Gesetzgebung Gottes absolut die Todesstrafe verlangen sollen, die einzelnen Gesetzbücher der deutschen Staaten zeigten, hat John in der deutschen Strafrechtszeitung [3]) gründlichst nachgewiesen; zugleich wandte sich der genannte Schriftsteller gegen die Aufstellung des Merkmals der „Ueberlegung" als eines „knochenlosen Wesens," das nun benutzt werde um „statt der Freiheitsstrafe die Todesstrafe zu rechtfertigen." Gegen die starre Unterscheidung zwischen Mord und Todtschlag hatte sich schon lange vorher Henke erklärt [4]), indem er es als besser bezeichnete, wegen der Zumessung der Strafe lediglich auf die allge-

---

3) Jahrgang 1866 Heft 7 S. 320 Heft 8 S. 368.

4) Handbuch des Crim.-R. und der Criminalpolitik II. S. 43 ff.

meinen Grundsätze über den Massstab der Strafbarkeit zu verweisen.

In neuester Zeit hat von Holtzendorff vom psychologischen Standpunkte aus das Unzureichende, ja Widersinnige der auf das Moment der Ueberlegung gebauten Unterscheidung schlagend und überzeugend nachgewiesen [5]). In der vorliegenden Schrift soll nun der Versuch gemacht werden, die Bestimmungen des ersten allgemeinen deutschen Strafgesetzes — der peinlichen Gerichtsordnung Karl's V. —, zuvor aber die historische Entwicklung bis zu dem Erscheinen dieses Gesetzes einer Prüfung zu unterziehen und demnach zu untersuchen, ob die herrschende, auch in unser jüngstes Gesetzbuch übergegangene Anschauung eine ausreichende geschichtliche Grundlage habe, ob sie sich also vielleicht, wenn sie auch in der Praxis sich mehr und mehr als unhaltbar erweist, vorläufig noch an das Vorrecht der inveterata consuetudo klammern könne. Die Untersuchung bezüglich der Entwicklung des Begriffes „Mord" hat sich nun selbstverständlich nicht darauf zu beschränken, den jetzt und seit urdenklicher Zeit üblichen Namen „Mord" in den Rechtsquellen überall aufzusuchen und den damit bezeichneten Begriff festzustellen. Es würde durch eine solche Beschränkung nicht nur der Ausschluss des römischen Rechtes von der gegenwärtigen Untersuchung sich ergeben, was Angesichts des theils unläugbaren, theils wenigstens behaupteten Einflusses desselben auf die Gestaltung des hier in Betracht kommenden Begriffes eine bedeutende Lücke veranlassen würde; sondern es würden auch, abgesehen vom canonischen Rechte und der mittelalterlichen Doktrin, manche deutschrechtlichen Formen schwererer Tödtung keine Berücksichtigung finden, weil sie zu irgend einer Zeit nicht unter jenem

5) In der Nr. 2 citirten Schrift. Ferner: Die Psychologie des Mordes (Heft 232 der Sammlung gemeinverständlicher wissenschaftlicher Vorträge, herausgegeben von R. Virchow u. Fr. v. Holtzendorff.)

Namen begriffen waren. Vielmehr wird es Aufgabe dieser Schrift sein, auf die jeweiligen Erscheinungsformen absichtlicher [6]), strafbarer Tödtung überhaupt einzugehen und zu prüfen, ob von jeher und überall innerhalb dieser absichtlichen Tödtung eine weitere Unterscheidung, eine Abstufung der subjektiven Schuld nach allgemeinen Gesichtspunkten gemacht wurde; ob sich insbesondere allerwärts und stets zwei Kategorieen vorsätzlicher Tödtung finden, ähnlich den uns'rigen — Mord und Todtschlag.

Das römische Recht wird hauptsächlich mit Rücksicht auf die Carolina, auf den letzten und wichtigsten Gegenstand dieser Arbeit, in Betracht kommen, indem es sich vornehmlich darum handeln wird, nachzuweisen, inwieferne man sagen kann, dass die in ihm niedergelegten Anschauungen sich in den Bestimmungen der peinlichen Gerichtsordnung abspiegeln.

6) Der Ausdruck ist insofern nicht ganz correkt, als, wie es sich zeigen wird, im germanischen Rechte nicht immer eine bestimmte, auf den Tod gerichtete Absicht gefordert wurde. Doch wird schwer eine bessere umfassende Bezeichnung für das im Texte Gemeinte zu finden sein und rechtfertigt sich die gebrauchte vielleicht dadurch, dass immerhin eine Absicht zu verletzen, oder wie es die modernere Doktrin nannte, ein dolus indirectus s. indeterminatus vorhanden sein musste, auch wenn der direkte animus occidendi nicht verlangt wurde.

Erster Abschnitt.

Römisches Recht.

§. 1.

Aeltestes Recht bis auf Cornelius Sulla.

Die älteste Bezeichnung, welche uns in der Geschichte des römischen Rechtes für das Verbrechen der Tödtung entgegentritt, ist: „parricidium." Ein Gesetz, welches dasselbe erwähnte, soll bereits König Numa erlassen haben [1]). Dass der Begriff parricida dort in einem so weiten Sinne genommen und darunter die Tödtung jedes freien Menschen verstanden ist, veranlasste zahlreiche Versuche, jenes Wort auf einem anderen Wege als von pater oder parens abzuleiten [2]). Wäre die gewiss geistreiche Erklärung Osenbrüggen's [3]) richtig, so käme man leicht über alle Schwierigkeit hinüber, weil nach derselben auch sprachlich „par" nichts Anderes als „arg" „schlimm", somit parricidium die arge = dolose Tödtung bedeuten würde. Doch scheint Osenbrüggen's Annahme durch die Hinweisung auf analoge Anwendung der griechischen Präfixe παρά in Wörtern wie perfidus und anderen von ihm angeführten Beispielen kaum genügend begründet zu sein, weil ja überall dort die Präfixe eben in per verwandelt und nicht par geblieben ist, das so entstandene parricidium also eine

---

1) Festus s. v. Parric. quaest. „Siquis hominem" etc.

2) Ueber diese Versuche s. Osenbrüggen „das altrömische parricidium" S. 7 ff.

3) a. a. O. S. 40 ff.

auffallende Singularität wäre, abgesehen von der fast durchgängig zu findenden Verdoppelung des r und Beisetzung des i.

Es ist somit doch wohl eher anzunehmen, dass wirklich der Vater- (oder Eltern-) Mord ursprünglich allein mit öffentlicher Strafe geahndet wurde, und dass erst Numa (wenn überhaupt die s. g. lex Numae von diesem Könige wirklich stammt), jede unrechtmässige Menschentödtung unter das Gericht über parricidium und die dafür festgesetzte Strafe stellte [4]). Wahrscheinlich galt dieses Gesetz fort und fort, bis Sulla in seiner lex de sicariis et veneficis die Tödtung überhaupt — das homicidium — behandelte, so dass sie jetzt aus dem Bereiche der für das parric. geltenden Bestimmungen auch formell ausschied; materiell war dies wohl schon längst geschehen und gewohnheitsrechtlich das parricidium strenger als der gewöhnliche Mord, nemlich mit der poena culei, bestraft worden [5]).

Aus der Annahme, die Tödtung im Allgemeinen sei mit dem parric. nicht identisch, sondern nur demselben Gerichte als einem über Capitalverbrechen unterworfen gewesen, erklärt es sich auch, wenn Cicero von dem Tempelräuber sagt: parricida esto [6]), was durch Osenbrüg-

4) So auch Rein: „Criminalrecht der Römer“ S. 401. Eine besondere Meinung vertritt Rosshirt (Geschichte und System des Strafrechtes II. S. 186). Danach wäre parricida von patres = Patrizier abzuleiten; auf die Tödtung eines Patr. allein sei die öffentliche Strafe gesetzt gewesen; ausgedehnt worden sei der Begriff nur auf die in patrizischem Schutzrechte Stehenden. Dagegen ist einzuwenden, dass die lex Numae ganz allgemein von dem liber homo spricht, ferner, dass diese Ausdehnung auf Plebejer zu einer Zeit geschehen sein müsste, in der die Patr. noch sehr eifersüchtig auf ihre Standesrechte waren, und es daher unwahrscheinlich wäre, dass sie ein so enormes Vorrecht, wie die Genugthuung durch öffentliche Bestrafung, auch Plebejern ertheilten, wenn es überhaupt ein Vorrecht gewesen wäre.

5) Osenbr. a. a. O. S. 45.

6) Cic. de legib. II. 9 §. 22.

gen's Erklärung nicht verständlich genug geworden ist; auch der Tempelraub wurde eben unter dieses bestimmte, peinliche Gericht gestellt.

So viel steht unter allen Umständen fest, dass die s. g. lex Numae eine Definition der strafbaren Tödtung im Allgemeinen geben wollte. Sie bedroht mit einer Capitalstrafe Denjenigen, der einen freien Menschen vorsätzlich und im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seiner Handlung um's Leben bringt: qui hominem liberum dolo sciens morti duit. Von einer Unterscheidung innerhalb dieses Begriffes strafbarer gewollter Tödtung ist keine Rede. Merkwürdiger Weise findet Osenbrüggen schon in dieser ältesten Bestimmung des römischen Rechtes das Merkmal der Ueberlegung, indem „sciens" den überlegten Vorsatz ausdrücken soll. Nach einer so engen Definition müsste man annehmen, das damalige Recht habe schon an etwas Aehnliches wie den Affekt gedacht und die in solchem Zustande verübte Tödtung noch straffrei gelassen. Dafür bietet aber das Wort sciens selbst gewiss keine Stütze, abgesehen davon, dass die ganze Entwicklung des römischen Criminalrechtes gegen eine in so frühe Zeit hinaufreichende Berücksichtigung des Affektes spricht (s. u.). Es begreift vielmehr die l. Numae alle Fälle absichtlicher Tödtung, wovon nur die aus rechtmässigen Gründen schon durch den Gebrauch des Wortes dolus ausdrücklich ausgeschlossen sind [7]). Hierher gehörten u. A. die Fälle der unter gewissen Umständen immer noch gestatteten Privatrache und des judicium domesticum. Unter erstere fiel die Tödtung des Ehebrechers durch den Gatten, unter letztere dagegen die der ehebrecherischen Tochter durch den Vater. Sache des Letzteren war es, nicht sich zu rächen, sondern sein Haus rein zu halten von dem Schandflecke, mit dem es ein solcher Fehltritt der Tochter besudelte, und, wenn derselbe bereits erfolgt, durch Vernichtung der Frevlerin

---

7) Osenbrüggen a. a. O. S. 29.

die Schmach wieder auszulöschen [8]). Das Recht hatte hiefür keine ausdrücklichen Bestimmungen; die Befugnisse des Gatten und des Vaters waren althergebracht und dem Volksgeiste entsprechend, und hatten wohl lange Zeit kaum irgend welche Schranken.

Wie schon bemerkt, galt die lex Numae wahrscheinlich bis in die spätere und späteste Zeit der Republik; denn die zwölf Tafeln bestätigten dieselbe wohl nur und gaben keine neuen Vorschriften bezüglich des Tödtungsverbrechens [9]).

§. 2.

Von der Lex Cornelia de sicariis etc. bis zum Aufkommen der extraordinaria cognitio.

Zu Sulla's Zeit waren Tödtungen durch gedungene Mörder häufig geworden [1]), was denn zunächst Veranlassung gab zu der in den Digesten Lib. 48. tit. 8 und im Codex Lib. 9. tit. 16 behandelten Lex Cornelia de sicariis et veneficis. Dieses Gesetz bezieht sich dem Hauptzwecke gemäss auch auf gewisse Vorbereitungshandlungen, welche den Entschluss, zu tödten, bekunden. Was die vollendete Tödtung betrifft, begreift es in seinem Thatbestande nur die absichtliche, wie ja überhaupt culpose Handlungen nicht unter die lex Cornelia fallen [2]).

Auch diesem sullanischen Gesetze ist eine Abstufung innerhalb der strafbaren vorsätzlichen Tödtung nicht bekannt; da nun aber das Institut der quaestiones perpetuae eine Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles

---

8) vgl. Abegg, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft S. 55.

9) Rein a. a. O. S. 404.

1) Sallust. Catil. c. 14. Cicero in Catil. II. 1. III. 3. Cicero pro Milone 7. 14. 24.

2) l. 1. §. 1. 3. D. h. t. l. 7. D. eod.

nicht gestattete und es sich immer nur darum fragte, ob der Thatbestand der betreffenden lex, mit deren Anwendung sich eine quaestio zu befassen hatte, gegeben war oder nicht [3]), so existirte eine im Gesetze nicht vorgesehene Abstufung eben so wenig für den Richter.

Dagegen gab es fort und fort Gründe, welche die Strafbarkeit der Tödtung völlig aufhoben. Nach Cicero ist es rechtmässig zu tödten depellendi aut ulciscendi doloris gratia aut pietatis aut pudicitiae aut religionis aut patriae nomine [4]). Es gab also Fälle, in denen ein besonderer Grund die That rechtfertigte, und es bedurfte zur Zeit des Cicero einer solchen Rechtfertigung bei denselben Handlungen, die früher Mittel der Rechtspflege selbst und desshalb um so mehr erlaubt waren. Der Vater, welcher seine ehebrecherische Tochter tödtete, hatte früher damit einen Akt der Gerichtsbarkeit ausgeübt; jetzt war sein Vorgehen eigentlich ein Eingriff in die nunmehr erstarkte öffentliche Gewalt; und doch wurde es nicht als ein solcher angesehen, man fand es vielmehr natürlich, dass der Vater die Reinheit der Hausehre heilig hielt, dass er die frevelnde Tochter und den frechen Eindringling mit eigener Hand richtete, man erblickte wohl hierin die einzige ausreichende Genugthuung, die der Vater für die erlittene Schmach finden konnte. Aus dem nemlichen Grunde wollte man dem tief gekränkten Ehemann es nicht versagen, selbst Rache zu nehmen an Dem, der sein eheliches Glück zerstört, und es bestanden somit immer noch einzelne Anwendungen des judicium domesticum und der vindicta privata [5]). Mit der Zeit wurden sie sogar von den Gesetzen bestätigt, freilich zu gleicher Zeit auch bedeutend eingeschränkt. Die lex Julia

---

3) Geib, Geschichte des röm. Crim.-Proc. S. 363. Lippmann, „die Lehre von der richterl. Strafänderungsbefugniss“ S. 1.

4) Cic. or. part. c. 12. Dazu: Sanio observationes ad Leg. Corn. etc. p. 19 sq.

5) Ueber die straflosen Tödtungen s. Abegg, Untersuchungen etc. S. 123.

de adulteriis coërcendis [6]) gestattete dem Vater die Tödtung der ehebrecherischen Tochter, die des Buhlen jedoch nur, wenn er jene nicht schonte; sie verbot dem Ehemanne die Tödtung der Frau, erlaubte ihm aber, den Ehebrecher, soferne er eine vilior persona, zu tödten. Weitere Beschränkungen betrafen den Ort und die Zeit der Tödtung; sie musste erfolgen sofort, nachdem die Beiden im unzüchtigen Akte begriffen erblickt worden waren — in continenti = ἐν ἔργῳ. Der Vater hatte das Tödtungsrecht in seinem und seines Schwiegersohnes Hause; der Gatte nur in seinem eigenen. Endlich musste die Tochter in der Gewalt des tödtenden Vaters stehen oder patre auctore in manum mariti gekommen sein [7]). Fehlte eine dieser Voraussetzungen, so musste, da das Gesetz Zwischenstufen nicht berücksichtigte, gemäss der bereits berührten processualischen Einrichtung die volle Strenge der lex Cornelia Platz greifen.

Die absolute Gleichheit aller Fälle der nach einem bestimmten Gesetz überhaupt strafbaren Thätigkeit musste namentlich Denjenigen lästig werden, welche Angeschuldigten vor Gericht das Wort zu reden hatten. Sie waren ja beschränkt darauf, entweder den Thatbestand in Abrede zu stellen, oder, wenn sie diesen zugeben mussten, entweder ein jure factum nachzuweisen, oder aus besonderen anderen Gründen gänzliche Verzeihung für ihre Clienten zu erwirken [8]). Nun kamen wohl häufig Fälle vor, in denen die Voraussetzungen zu vollständiger Straflosigkeit zwar fehlten, aber die Handlungsweise des Angeschuldigten doch in einem so milden Lichte erschien, dass die vom Gesetze diktirte absolute Strafe zu hart war. Kurz, es machte sich das Bedürfniss nach einiger Freiheit des Richters, die Strafe dem Grade der subjektiven Verschuldung anzupassen, geltend. Diese Forderung einer Abstufung innerhalb Schuld und Strafe trat um so lebhafter auf in Folge der

6) D. 48, 5.

7) L. 20—24 D. h. t. (48, 5) Coll. leg. Mos. et Rom. N. 2 §. 2.

8) Cicero or. part. c. 12. Cicero auctor ad Her. I, 14.

steten Berührung zwischen Jurisprudenz und Philosophie, insbesondere der stoischen, deren Grundsätze hauptsächlich durch den Redner und Philosophen Cicero mit der Strafrechtspflege in Zusammenhang gebracht wurden. Die Stoa machte nun ein vollständig imputables Handeln davon abhängig, dass die Harmonie der Seele durch keine von aussen kommenden Eindrücke gestört werde, dass der Handelnde im Bewusstsein der That und deren Folgen lediglich aus einem in ihm selbst liegenden Motive das Verbrechen verübt habe. Cicero spricht sich hierüber folgender Massen aus: Sed in omni injustitia permultum interest, utrum perturbatione aliqua animi, quae plerumque brevis est et ad tempus, an consulto et cogitate fiat injuria. Leviora enim sunt ea, quae repentino aliquo motu accidunt, quam ea quae meditata et praeparata inferuntur [9]. Eine genauere Ausführung dieser Unterscheidung gibt Cicero an einer anderen Stelle [10]; was er dort als leviora bezeichnet, ist hier in dem Worte impulsio zusammengefasst, die er der ratiocinatio gegenüberstellt. Aus diesen Stellen wurde nun die Annahme abgeleitet, die Stoa und, ihr folgend, die spätere römische Jurisprudenz habe einen Unterschied zwischen Mord und Todtschlag, gebaut auf ein Merkmal des letzteren gleich unserem „Affekte" gekannt [11]. Aber der modernere Begriff des Affektes als eines Zustandes der Gefühlsaufregung dürfte doch etwas Anderes sein, als die römische impulsio; einen Affekt erachten wir schon dann gegeben, wenn ein äusserer Anlass den Thäter in eine der Art erregte Stimmung versetzt, dass er sich zu einer Handlung entschliesst, ohne deren ganze Tragweite bedacht zu haben; jeder Entschluss jedoch, auch der übereilte, setzt, um überhaupt zur Existenz zu gelangen, voraus, dass er wenigstens gefasst wird, er erfordert doch einiges Denken, wenn auch nicht längeres Bedenken.

9) Cic. de officiis I, 8.

10) de invent. II, 5.

11) z. B. Elvers, prakt. Arbeiten S. 245 ff.

Dass die Stoiker diese immerhin subtile Unterscheidung machen wollten, dagegen scheinen sowohl die von Cicero aufgestellten Definitionen, und die sonst von ihm mit Bezug auf unsere Frage gebrauchten Bezeichnungen, als auch die (u. A. von Elvers beigezogenen) Ausprüche Seneca's zu sprechen. Die impulsio charakterisirt der Erstere damit, dass dabei impetu quodam animi potius quam cogitatione, ja geradezu sine cogitatione gehandelt werde [12]; Folge der impulsio sei, dass man rem perspicere cum consilio et cura non potest; den Ausschlag für seine Unterscheidung gibt ihm nicht der dem Entschlusse vorangehende grössere oder geringere Zeitraum, nicht der Gedanke, dass ein an sich freier Wille aus irgend einem Anlasse einen raschen Entschluss erzeugt, sondern er spricht offenbar von Fällen so gewaltiger Aufregung, in denen — nach der Ansicht der Stoa — von einer freien Willensbestimmung überhaupt nicht mehr die Rede sein kann. Bezeichnungen wie: sine ratione, perturbatione animi [13]) bestätigen diese Auffassung, und namentlich der letztere Ausdruck lässt darauf schliessen, dass unter der impulsio nicht blos ein die Ueberlegung ausschliessender Affekt, sondern ein Zustand bedeutend geminderter Zurechnungsfähigkeit zu verstehen sei, der einen eigentlichen Entschluss gar nicht aufkommen lässt, sondern mehr ein instinktives Begehren veranlasst [14]).

Dem gemäss bedeutet die der impulsio gegenübergestellte ratiocinatio nicht die Ueberlegung im Gegensatze zum blossen Vorsatze; sondern lediglich das aus freier Selbstbestimmung entsprosste, durch keinen äusseren Einfluss geleitete, im Bewusstsein des gesetzten Zweckes vorgenommene Handeln, den Vorsatz eines bei gesunder Vernunft befindlichen Menschen. Es darf dabei nicht irre

12) de invent. II, 5.

13) de off. I. 8. or. part. 12.

14) In diesem letzteren Sinne ist wohl das „impetu quodam animi" (Cic. de invent. II. 5) zu verstehen.

machen, dass Cicero die ratiocinatio als „diligens et considerata excogitatio" definirt; diese Beiwörter könnten ja den Begriff der ratiocinatio nur dann verengern, wenn ihnen eine minus diligens et considerata, oder auch eine non dil. et cons. excogitatio entgegenstünde; so aber ist ja bei der impulsio die cogitatio ganz aufgehoben, jene Beiwörter können daher, weil sie einen Gegensatz gar nicht haben, dem Begriffe keine Prägnanz verleihen. Man darf eben nie vergessen, dass Cicero, namentlich in der Schrift de inventione, denn doch keine streng juristischen Distinktionen, sondern nur philosophische Begriffe aufstellt, welche er ja überhaupt mit vielen Beiwörtern auszuschmücken liebt.

Aus dem eben Erörterten ergibt sich, dass auch die Stoiker, speciell Cicero, nicht einfach jeden Affekt, der einen raschen Entschluss erzeugt, als Milderungsgrund betrachteten, sondern hiezu einen besonders hohen Grad von Erregung verlangten, und man kann wohl mit Recht annehmen, dass auch eine besonders gewichtige Veranlassung gefordert wurde, aus der sich auf das Vorhandensein eines so hohen, die Willensfreiheit beschränkenden Grades schliessen liess. Damit steht im Zusammenhange, was Seneka über den Affekt des Zornes bemerkt [15]: derselbe durchlaufe drei Grade, deren zweiter von der Vernunft noch bemeistert werden könne, — judicio tollitur — während der dritte nicht mehr zu überwinden sei. Dieser letzte Grad ist wohl das, was Cicero perturbatio animi nennt; wer auf diesem Punkte angelangt ist, kann seinen Willen nicht mehr frei bestimmen — tertius motus est jam impotens, rationem evicit —; damit aber der dritte Grad überhaupt entstehen konnte, musste wohl die Ursache des Affektes eine so mächtige sein, dass sich der Thäter, ohne den zweiten Grad zu unterdrücken, zum dritten fortreissen liess. Das Strafbare liegt darin, dass der Thäter nicht genug Energie aufbot, um Herr des zweiten Grades zu werden, und es hat somit Köstlin, soweit er den Affekt

---

15) Sen. de ira I. 1 II. 4.

der Stoa meint, nicht so ganz Unrecht, wenn er denselben unter die culpa und nicht unter den Dolus subsumirt [16].

§. 3.

Die kaiserlichen Rescripte. Das justinianische Recht.

Die im vorigen Paragraphen besprochenen Anschauungen hatten sich also innerhalb der Philosophie geltend gemacht zum Theile schon zu einer Zeit, da noch die mehrerwähnte Starrheit der processualen Einrichtung herrschte. Es liegt nahe, dass dem längst gehegten Bedürfnisse nach Berücksichtigung der subjektiven Verschuldung des Einzelnen dann mehr und mehr Rechnung getragen wurde, als dies mit Aufkommen der extraordinaria cognitio überhaupt möglich wurde. Nun war ja die Freiheit des richterlichen Ermessens eine schrankenlose [1], und es versteht sich von selbst, dass sich die Richter gerade von den Anschauungen ihrer Zeit leiten liessen. Aber auch die dieser Periode angehörigen positiven Bestimmungen, wie z. B. das Rescript von Antoninus Pius [2], konnten sich diesem Einflusse nicht gänzlich entziehen. Es wird übrigens am Platze sein, jene Bestimmungen erst im Zusammenhange mit dem justinianischen Rechte als Ganzem, in das sie grösstentheils aufgenommen sind, zu betrachten. Hier möge nur noch bemerkt werden, dass dieselben zwar auch dem Gedanken Ausdruck geben, ein gewaltiger äusserer Anstoss könne einen solchen Grad der Erregung hervorbringen, dass auf die in solchem Zustande begangene That nicht die ganze Schwere der normalen gesetzlichen Strafe fallen dürfe, dass aber von diesem Gedanken in allen uns überlieferten Stellen nur eine äusserst spärliche Anwendung gemacht, und der Nachdruck dabei nicht eigentlich auf die Beschränkung

16) Mord und Todtschlag I. S. 173.

1) Lippmann a. a. O. S. 4.

2) L. 38 §. 8 D. 48, 5.

der Willensfreiheit, als vielmehr auf den Charakter der äusseren Veranlassung, so zu sagen auf das Motiv des Thäters gelegt wurde.

Die Constitutionen der späteren Kaiser liessen nun jene Ungebundenheit des richterlichen Ermessens nicht fortbestehen, sie entzogen vielmehr die Fortbildung des Rechtes wieder ganz der Willkür der Richter, und eine ähnliche Starrheit der Gesetze, wie sie früher herrschte, trat an die Stelle der völlig freien Beurtheilung, von dem Zustande der Zeit der quaestiones perpetuae nur dadurch verschieden, dass wie bemerkt, die Gesetze nun selbst einige Rücksicht auf Abstufungen innerhalb der Schuld nahmen. Auf die erfolgte Einschränkung weisen mit aller Bestimmtheit Stellen wie l. 8 §. 2 C. 9, 12, welch' letztere dem Richter Infamie androht, für den Fall, dass er eine mildere als die gesetzliche Strafe ausspreche [3]). Also war dem Richter nach dem späteren Rechte ein Herabgehen unter die normale Strafe nur dann gestattet, wenn von dem Gesetze selbst ein milderer Fall angenommen war. Das immerhin Unbestimmte und daher von der Zeit der quaestiones perpetuae doch wesentlich Verschiedene lag darin, dass in den Gesetzen nur das Motiv des Abgehens von der normalen Strafe, selten aber die festzusetzende mildere Strafe selbst angegeben war, so dass in dieser Beziehung es allerdings beim freien Ermessen des Richters blieb [4]). Da nun die Ausnahmsfälle vom Gesetze selbst bestimmt sein mussten, kann von einer Bedeutung der stoischen Philosophie gar nicht mehr gesprochen werden und muss bei Betrachtung der justinianischen Rechtsquellen von derselben wenigstens insoferne abgesehen werden, als man darin nicht geltende Rechtssätze, Ergänzungen des positiven Rechtes suchen darf.

Was nun speciell die Tödtung betrifft, so tritt uns hier wieder als Hauptfrage die entgegen, ob die in unseren

3) Vgl. noch pr. J. 4, 17. Nov. 82 c. 13.

4) Geib a. a. O. S. 663.

Quellen angeführten Milderungsgründe zur Annahme einer allgemeinen Unterscheidung innerhalb der gewollten Tödtung für das justinianische Recht berechtigen. Die Frage dürfte nun aber auch für diese Zeit, und somit für das römische Recht überhaupt zu verneinen sein [5]).

Wie bereits oben angedeutet, gingen die gesetzlichen Bestimmungen der Kaiserzeit, soweit sie überhaupt auf den Affekt im Sinne der Stoa Rücksicht nahmen, von dem Charakter der Veranlassung desselben aus, indem sie eine schwere Beleidigung, eine arge Kränkung von Seite des Getödteten und als Folge davon einen hohen Grad von Schmerz und Entrüstung auf Seite des Thäters erforderten. Wir finden aber bei der sorgsamsten Prüfung der Quellen auch von diesem Gedanken eigentlich nur eine einzige Anwendung. Dieselbe steht in unmittelbarem Zusammenhange mit dem auch in das justinianische Recht aufgenommenen Tödtungsrechte, das dem Ehemanne gegenüber dem Ehebrecher unter den Bedingungen der lex Julia de adult. zustand. Es war offenbar das Bewusstsein zum Durchbruche gelangt, dass sowohl die Ehefrau durch Verletzung der ehelichen Treue, als der Dritte durch seinen so schweren Eingriff in die Rechtssphäre des Mannes unter allen Umständen dem Letzteren die empfindlichste Kränkung zufügen, und dass sich die dadurch entstehende Wuth des Mannes nicht auf den Dritten, noch weniger aber auf einen in bestimmter socialer Stellung Befindlichen beschränken lasse. Freilich war das spätere römische Recht nicht mehr geneigt, ein ausnahmsweise vorhandenes Recht noch zu erweitern; dass es an sich nicht Jedem gestattet sein könne, dem Leben eines Andern ein Ende zu machen, wenn sich dieser

5) Freilich im Widerspruche gegenüber einer Anzahl bedeutender Rechtsgelehrter, die, indem sie für den allgemeinen Milderungsgrund des Affektes eintraten, mit Vorliebe auf das römische Recht zurückgriffen, oder gar, wie Birnbaum (Neues Archiv für Crim.-R. 1832. S. 88 ff. 249 ff. 416 ff.) die Bestimmungen der CCC. in ihrem Art. 137 ganz und gar auf das röm. R. zurückführten.

auch noch so sehr gegen die Rechtsordnung verfehlt hat, dass diese Befugniss der Regel nach nur dem Staate zustehen dürfe, darüber herrschte damals bereits Klarheit, und nur wenige theils althergebrachte, theils selbstverständliche Ausnahmen (z. B. Nothwehr) wurden beibehalten. Aber man hatte ja, nachdem die Idee von der Verschiedenheit der subjektiven Schuld zum Durchbruche gelangt war, das Mittel in der Hand, einem besonderen Falle durch Strafmilderung Rechnung zu tragen. Davon ausgehend verordnete Kaiser Antoninus Pius, es sei der Ehemann, der, hingerissen von der Gewalt des Schmerzes, die auf dem Ehebruche ertappte Gattin getödtet hat, nicht nach der ganzen Strenge des Gesetzes zu bestrafen, da es sehr schwierig sei, einen gerechten Schmerz zu bemeistern; vielmehr sei er, wenn von niederer Abkunft, zu lebenslänglicher Zwangsarbeit, ausserdem zu zeitweiliger Verbannung zu verurtheilen [6]. Dasselbe wiederholten die nachfolgenden Kaiser [7], dehnten aber diesen Milderungsgrund auf die Tödtung desjenigen Ehebrechers aus, der zu den honestiores gehörte [8]. Dies sind die einzigen Spuren einer Berücksichtigung des Affektes; alle hieher bezüglichen Stellen weisen als Grund der milderen Beurtheilung nicht etwa die blosse Uebereilung, ja nicht einmal den Affekt schlechthin auf; sondern sie betonen, indem schon aus der Natur der Beleidigung auf einen besonders hohen Grad von Erregtheit geschlossen wird, noch ausdrücklich, dass in solchem Falle der Schmerz ein gerechter, ein kaum zu bezwingender, ja ein höchst ehrenvoller sei [9].

---

6) L. 38 §. 8 D. 48, 5. L. 1 §. 5 D. 48, 8. Coll. leg. Mos. et Rom. IV. 10; 12 §. 4.

7) L. 38 §. 8 cit., wenn dort nicht, mit Huschke, zu lesen ist „uxoris in adulterio deprehensum." (Huschke, Jurisprudentiae Antejustinianeae quae supersunt. N. 3 zu Coll. IV. 3 §. 6 S. 619).

8) Coll. IV. 3 §. 6 l. 4 C. 9, 9.

9) Justus dolor. (l. 38 §. 8 cit., „cum sit difficillimum justum dolorem temperare) l. 4 C. 9, 9. l. 3 §. 3 D. 29, 5. Impa-

Diese Ausnahmsbestimmungen, welche sich ausschliesslich auf das adulterium beziehen, wurden nun vielfach aufgefasst als einzelne Anwendungen einer allgemeinen Regel, welche den impetus als Schuldstufe zwischen propositum und casus stellt[10]). Da nemlich der impetus nirgends in den Quellen begrifflich entwickelt wird[11]), musste doch nach Merkmalen einzelner Anwendungen gesucht werden, um daraus den Begriff feststellen zu können. Nun haben aber Manche der diesen Gegenstand behandelnden Schriftsteller unter impetus nicht etwa einen Zustand hochgradigen Affektes verstanden, sondern sie sahen in den Bezeichnungen proposito und impetu geradezu unsere Unterscheidung zwischen Mord und Todtschlag, gebaut auf das Merkmal der Ueberlegung, welches, im Gegensatze zum impetus, dem propositum anhafte[12]). Und bis in die neuere und neueste Doktrin herein reicht diese Auffassung, indem das Wort impetus als technischer Ausdruck für den der Ueberlegung entbehrenden Vorsatz gebraucht ist und hiebei ausdrücklich das römische Recht als Grundlage genannt wird[13]).

Dafür geben nun sicher jene einzelnen Fälle der Berücksichtigung des Affektes gar keinen Anhaltspunkt. Wäre das Entscheidende die Raschheit des Entschlusses ohne Weiteres gewesen, so hätten die römischen Kaiser und Rechtsgelehrten diesem Gedanken leicht einen besseren

---

tientia justi doloris (Coll. IV. 12 §. 4 Paul. sent. rec. II. 26 §. 5) Honestissimus calor (Coll. IV. 10).

10) L. 11 §. 2 D. 48, 19.

11) Hälschner, System des preuss. Str.-R. II. §. 35.

12) So im Anschlusse an die ältere Doktrin hauptsächlich Birnbaum a. a. O. S. 249 Bd. XIV S. 492 ff. Auch Heffter, Lehrbuch §. 105 N. 1. Ebenso versteht Rosshirt (Lehrbuch des Crim.-R. 1821, allgem. Theil 3. Abschnitt S. 166 ff.) zwar unter impetus sogar beschränkte Willensfreiheit, und meint, dieser Milderungsgrund sei nur sehr vorsichtig gebraucht worden, stellt aber im propositum die „kalte Prämeditation" entgegen — als ob nicht so Vieles noch in der Mitte läge!

13) So von Berner, Lehrbuch 6. Auflage §. 94 S. 162 N. 1 u. A.

Ausdruck geben können, als dadurch, dass sie Bezeichnungen wie die oben angeführten gebrauchten. Diese Betonung der vorausgesetzten justa causa weist doch deutlich genug darauf hin, dass es sich hier um nichts weniger als um ein rein negatives Element, vielmehr um etwas sehr Positives handelte. Man müsste also zur Begründung jener Auffassung vom römischen impetus noch andere Beispiele aus den Quellen in's Feld führen. Dies geschieht nun freilich, indem sich Einige für den Begriff des imp. auf l. 6 §. 7 D. 49, 16, l. 38 §. 12 D. 48, 19 und L. 12 pr. D. 48, 3 berufen [14]). Aber in diesen Stellen ist nicht nur keine Rede von Berücksichtigung jedes Affektes oder gar schon des Mangels der Ueberlegung, sondern es ist hier der Gesichtspunkt des Affektes überhaupt unbrauchbar. Die beiden ersten Stellen können gar nicht anders als mit ausschliesslicher Bezugnahme auf das Motiv — das im röm. Cr.-R. überhaupt immer eine gewisse Rolle spielt — erklärt werden. In l. 6 cit. heisst es „mori maluit", also: er zog den Tod vor, d. h. er hatte sich den bestimmten Zweck gesetzt, seinem Schmerze, seinem ihm unerträglich gewordenen Leben, seiner Schmach ein Ende zu machen. Es liegt sogar die Annahme einer vorgängigen Ueberlegung näher als die eines Affektes, mindestens ist die ciceronianische ratiocinatio für gegeben zu erachten — abgesehen natürlich vom Falle des gleichfalls erwähnten furor, der mit den Schuldstufen Ueberlegung und Affekt gar Nichts zu thun hat, da, wenn er vorhanden, diese gar nicht mehr in Betracht kommen können. So ist denn auch die causa in l. 38 §. 12 cit. als Motiv zu denken, wobei von der Frage, ob dasselbe, zu langsamem oder schnellem Entschlusse führte, ganz abgesehen ist. Im Gegensatze dazu heisst es in l. 3 §. 6 D. 48, 21 „sine causa." Aber auch die in l. 6 und l. 12 cit. angeführte Trunkenheit ist nicht im Sinne eines blos die Ueberlegung ausschliessenden Affektes zu

14) Elvers a. a. O. S. 234. Hefftor, Lehrbuch §. 105 N. 1, Hälschner, System II. §. 35.

verstehen. Beim Trunkenen können die Ueberlegung und der Mangel derselben eben so wenig in Frage kommen wie beim Wahnsinnigen; vielmehr handelt es sich unter Ausschluss der Rücksichtnahme auf diese Momente bei ihm um den Mangel vollständiger Zurechnungsfähigkeit hinsichtlich seiner Handlungen. Fraglich ist übrigens, ob die l. 6 cit., nach welcher die Strafe des per vinum lapsus eine gelindere sein soll als die des furiosus, überhaupt auch nur auf einen dolus des Soldaten Rücksicht nimmt und nicht vielmehr dessen Trunkenheit an sich, wenn sie ihn zu einem Vergehen veranlasst, bestraft wissen will, wie dies in l. 12 cit., wonach die Gefangenen ohne Wissen und Willen der betrunkenen Wächter entkommen, ganz sicher der Fall ist.

So sind denn diese Beispiele für die Erläuterung des impetus völlig unbrauchbar und in den römischen Rechtsquellen weitere Anwendungen eines den Affekt berücksichtigenden Princips nicht zu finden. Damit dürfte denn aber der herkömmlichen Ansicht insoferne der Boden entzogen sein, als diese sich wenigstens nicht aus einzelnen Fällen ableiten lässt, da specielle Anwendungen jener allgemeinen Regel in dem behaupteten weiten Sinne nicht existiren. Ob dann die Erklärung des impetus seitens der herrschenden Meinung überhaupt noch einen genügenden Halt hat, dürfte zu bezweifeln sein. Die Anschauungen des praktischen Römervolkes, welches seine Schlüsse an äusserliche, deutlich in die Sinne fallende Umstände knüpfte, welches z. B. den animus occidendi aus dem in die Aussenwelt tretenden Verhalten des Thäters, aus der Natur des Werkzeuges, nicht aus Combinationen über den psychischen Zustand des Handelnden entnahm und in den wenigen Beispielen von Strafmilderung diese von ganz bestimmten Thatsachen abhängig machte — diese sich überhaupt in dem ganzen römischen Rechte abspiegelnden mehr realistischen Anschauungen berechtigen zu der Ansicht, dass die Römer unter keinen Umständen eine so allgemeine Unterscheidung, deren Grenzen stets unbestimmt, deren Merkmale meist unerweislich sind, gemacht haben. Und

gerade die Betonung des besonderen Grundes eines Abgehens von der gesetzlichen Strafe muss darauf führen, anzunehmen, dass abgesehen davon an eine Strafmilderung nicht im Entferntesten gedacht wurde. Nur weil es sehr schwer ist, den gerechten Schmerz zu bemeistern, soll vom ultimum supplicium abgesehen werden (l. 38 §. 8 D. 48, 5). Nach l. 4 C. 9, 9 ist die Tödtung des Ehebrechers ein homicidium, das nur milder bestraft werden soll, weil die Nachtzeit und der gerechte Schmerz die Schuld verringern. Und nach der allgemeinen Regel der l. 11 cit. soll die Schuld durch jedweden Affekt, ja blos wegen mangelnder oder nicht zu erweisender Ueberlegung verringert sein! Das ist höchst unwahrscheinlich, ja geradezu unmöglich.

Es begreift sich übrigens recht wohl, dass die herrschende Meinung bis zu der erwähnten Ausdehnung des Begriffes impetus gelangte, nachdem einmal als feststehend angenommen war, es sei unter dem impetu delinquere jeden Fall's eine a b s i c h t l i c h e Handlung zu verstehen, speciell also eine Handlung, als deren Erfolg die Tödtung gewollt ist. Die l. 11 §. 2 de poen. stellt drei so bestimmte Kategorieen der Delikte auf, dass der Gedanke daran, sie habe unter dem impetus jene speciellen Ausnahmen begreifen wollen, ausgeschlossen ist; dagegen spricht auch das für den impetus gewählte Beispiel, das an nichts weniger als an einen justus dolor oder honestissimus calor erinnert. Daher war es ganz natürlich, dass die Annahme einer unter demselben zu verstehenden a b s i c h t l i c h e n Handlung eine Interpretation dieses Wortes zur Folge hatte, wie sie die herrschende Meinung seit langer Zeit gab. Auch der Gegensatz propositum ist unmöglich als Negation einer justa causa zu denken; gewiss bedeutet propos. ein S i c h v o r n e h m e n, eine geistige Funktion, den Willen in der Richtung auf einen bestimmten Effekt, und da der einfache Vorsatz schon für den Begriff des impetus in Anspruch genommen war, musste das propositum zu einem intensiveren Sichvornehmen sich gestalten — zum V o r b e d a c h t e. Es taucht nun die Frage auf: gehört der impetus nothwendig

zum dolus, fällt er nicht vielmehr unter die culpa [15])? Betrachtet man das in l. 11 dafür gebrauchte Beispiel, so erinnert dasselbe sofort an Erscheinungen, welche in unserer Criminalpraxis zu den häufigsten gehören. Wenn ein gewisses Mass im Genusse geistiger Getränke überschritten ist, kommt es leicht zum Streite, und von hier ist nicht weit zum Handgemenge, wobei das zunächst Liegende als Mittel des Angriffes und der Vertheidigung benützt wird. Wie nun bei solchen Gelegenheiten selten die Absicht, zu tödten, nachzuweisen ist, so scheinen die Römer gleich von vornherein in solchen Fällen von dem animus occidendi abgesehen zu haben, und es liegt daher der Gedanke nahe, dass unter impetus etwas Aehnliches zu verstehen sei wie unter Tödtung in rixa, von welcher l. 1 §. 3 D. 48, 8 handelt. Unterstützt wird diese Annahme einmal durch die Worte „cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur", welche ein Bild veranschaulichen gleich dem, welches die in l. 1 cit. gebrauchten Worte „si clavi percusserit aut cuccuma in rixa, quamvis ferro percusserit" etc. darstellen. Nach der letzteren Stelle soll der anim. occ. vermuthet werden aus dem Gebrauche eines Schwertes; es war, wie Sanio bemerkt [16]), nach erstarkter öffentlicher Sicherheit nicht mehr nöthig, bewaffnet einherzugehen; hatte sich dennoch Einer mit einem Schwerte versehen,

---

15) Letzteres haben Köstlin (Mord und Todtschlag I. S. 173) und Rein a. a. O. S. 417 angenommen, aber vom Standpunkte der stoischen Philosophie aus, welche — wie oben bereits zugegeben wurde — den Affekt allerdings zur culpa zu rechnen scheint. Beide sind daher zur Auffassung des impetus als einer culposen Handlung von einer ganz andern Seite gelangt als der Verfasser vorliegender Schrift, der ja jene Ausnahmsfälle der Rücksichtnahme auf Affekt nicht unter dem impetus begreifen will. Wenn übrigens auch oben hinsichtlich der stoischen Auffassung Köstlin beigestimmt wurde, so sei damit noch nicht der Anschluss an seine Meinung hinsichtlich der Rechtsquellen erklärt. In diese dürfte doch kaum die Ansicht übergegangen sein, die Tödtung aus inconsultus dolor sei eine culpose Handlung.

16) Observat. ad leg. Corn. de sicar. p. 70.

ohne hiefür sonst einen Grund zu haben, und gebrauchte er dasselbe auch zur Tödtung eines Anderen, so lag die Absicht auf der Hand. Nicht so aber, wenn Einer den nächsten besten Gegenstand ergriff, in welchen Fällen vielmehr angenommen wurde, dass der Erfolg ein mehr zufälliger als ein gewollter war; freilich, bemerkt die Glosse zu l. 1 §. 3 cit., culpa tamen precedente, alias casus non esset puniendus. Das venire ad ferrum dürfte, namentlich in der Zusammenstellung mit venire ad manus, darauf hinweisen, dass es sich handelt um das Ergreifen eines eisernen Werkzeuges wie clavis aut cuccuma, nicht eines Instrumentes, aus dessen Gebrauch auf den animus occidendi geschlossen wird — also einer Waffe. Das ganze Vorgehen ist an sich strafbar, der Angriff ist allerdings ein gewollter, Thätlichkeiten, Verletzungen sind beabsichtigt; es erinnert daher diese Schuldstufe ganz an den dolus indirectus, oder auch an Feuerbach's culpa dolo determinata. Jedoch beachteten die Römer dabei das Vorsätzliche — die gewollte Körperverletzung — nicht, der Erfolg gab dem Verbrechen den Charakter einer, freilich nur culposen, Tödtung. Die culpa ist aber eine lata; denn bei Verletzungen von solcher Heftigkeit, wie sie hier vorausgesetzt werden müssen, soll sich der Handelnde die möglichen Folgen klar machen; daher ist in der Stelle unter der Kategorie des casus nur die culpa levissima entgegengestellt [17]).

Die Dreitheilung, wie sie die l. 11 macht, steht ganz vereinzelt in den Quellen; technische Namen dürften daher die blos von Marcian a. a. O. gebrauchten Ausdrücke kaum gewesen sein. In anderen Stellen [18]) ist eine Mittelstufe zwischen dolus und casus, oder, wie es dort heisst, consulto und casu delinquere nicht aufgestellt. Wenn nun Birnbaum [19]) unter impetus den Affekt versteht und ihn

17) So die Glosse zu casu: i. e. non dolo vel culpa lata; levissima tamen intervenit. Schon im Mittelalter wurde von den Juristen die rixa mit dem impetus identificirt; so Bartolus (ad l. 11 §. 2 D. 48, 19) s. u.

18) z. B. l. 5 §. 2 D. 48, 19 Coll. I. 11 §§. 3. 4.

19) N. A. 1832. S. 250 H. 52.

zugleich mit dem propositum unter dem genus des consulto delinquere begreift, so thut er dies im Widerspruche mit Cicero, bei dem die repentino motu geschehenen Handlungen den consulto verübten entgegengesetzt sind, somit consulto nicht den Vorsatz an sich, sondern den mit Willensfreiheit gefassten Vorsatz bezeichnet. Birnbaum setzt sich aber auch in Widerspruch mit der von ihm angezogenen Digestenstelle selbst, nach welcher die Zulassung einer Strafmilderung vom Vorhandensein eines casus (= culpa) abhängig ist. Demnach würde der impetus, wenn er unter das consultum fiele, der gesetzlichen Strafe unterliegen, und es hätte dann l. 11 §. 2 erst gar keinen Sinn, weil ja dann von einer Strafmilderung bei Fällen der zweiten Klasse keine Rede wäre. L. 5 cit. beweist vielmehr, dass die Römer der Regel nach nur eine vorsätzliche, gewollte Tödtung kannten, der nur die culpa gegenübersteht. Marcian hat nun innerhalb dieser culpa noch eine weitere Unterscheidung gemacht, indem er die mit einem gewissen nur nicht auf den Erfolg gerichteten dolus verbundene — den impetus — und die rein fahrlässige — den casus — auseinanderhielt. Das Beispiel, welches er für das propositum gebraucht, soll nur die Absicht recht prägnant darstellen; Beruf und Gewerbe des latro bringen ja gewissermassen den dolus für Alles was er thut, mit sich.

Es fragt sich nun, ob nicht der sonstige Gebrauch des Wortes impetus dieser Erklärung im Wege stehe. Dieser ist aber ein so verschiedener, dass von einer technischen Anwendung des Wortes keine Rede sein kann [20]). In den Rechtsquellen selbst kommt es nur ganz selten vor; einmal in l. 38 §. 8 D. ad leg. Jul. de adult. coërc.; Ziel des impetere ist aber hier der Thäter, auf welchen der Schmerz einstürmt, und es kann impetu tractus doloris nichts Anderes bedeuten als: hingerissen von der Ge-

20) Elvers (prakt. Arbeiten S. 256) sagt, das Wort imp. sei von den Philosophen nur allgemein, von den Juristen aber technisch gebraucht worden.

walt, von der ausserordentlichen Grösse des Schmerzes; Subjekt des impetere ist also der Schmerz, während in unserer l. 11 doch Niemand als der Handelnde selbst als Subjekt gedacht werden kann. Einen ganz anderen Sinn hat das Wort ferner in l. 23 §. 4 D. de adult. etc., wo es in der Zusammenstellung mit ictus wohl nur den körperlichen Angriff ausdrückt, da ja die Gemüthsstimmung erst mit den Worten aequali ira betont wird.

Ganz auffallend gehen aber die Stoiker unter sich auseinander; denn wenn Cicero sagt, Derjenige, welcher in Folge einer besonders erregten Gemüthsstimmung (die er impulsio nennt und zu der er u. A. den Zorn rechnet), thätig werde, handle impetu quodam animi, so ist doch der Sinn des Wortes impetu hier ein ganz anderer als bei Seneka, der die Gemüthsstimmung, den Zorn selbst einen impetus nennt (de ira II. 3)[21]; während es also bei Cicero erst den der Stimmung des Handelnden entspringenden instinktmässigen Trieb bedeutet, hat es bei Seneka die Quelle dieses Triebes auszudrücken[22]. Wo bleibt da die technische Bedeutung unseres Wortes? Wo ist aber vor Allem eine Bestätigung der Annahme, es sei damit eine Gemüthsstimmung gemeint, der zugleich eine bestimmte Absicht innewohne?

Ein gemeinschaftlicher Gedanke zieht sich jedoch durch den mannigfaltigen Gebrauch des Wortes impetus: dass es sich dabei immer um eine rasche, plötzliche Thätigkeit handelt, indem es bald diese selbst, bald die dieselbe veranlassende Stimmung des Thäters ausdrückt. Von welchem Wollen das Thun geleitet sei, geht aus dem Worte für sich nicht hervor; das müsste sich erst aus dem

---

21) Die nemliche Bedeutung hat das Wort auch in l. 22 §. 4 D. 48, 5.

22) Ja Seneka selbst wieder gebraucht es nicht übereinstimmend; von der bei ihm gewöhnlichen Bedeutung abweichend steht es: de ira II. 1: „utrum ira judicio an impetu incipiat. (Elvers a. a. O. S. 250).

Gegensatze ergeben. Aber das gegenüber gestellte propositum bedeutet an sich auch Nichts weiter als die bestimmt auf den herbeigeführten Erfolg gerichtete Absicht, so dass die Classification der l. 11 wohl folgendermassen verstanden werden muss: Manche führen einen rechtswidrigen Erfolg herbei aus Vorsatz, d. h. mit dem Willen ihn herbeizuführen, Manche in Folge ihres ungestümen, verwegenen Handelns, Manche endlich in Folge einer an sich ganz harmlosen Thätigkeit, zufällig oder aus Unvorsichtigkeit. Gegen diese Auffassung spricht der sonstige, höchst unbestimmte Gebrauch des Wortes gewiss nicht; ein anderer Sinn, den ihm vielleicht noch besondere Nebenumstände einmal verleihen, ist damit ja nicht ausgeschlossen. Für dieselbe spricht aber Manches; einmal geschieht dann dem Worte propositum keine Gewalt, es wird nicht mehr hineingelegt, als der Wortsinn erlaubt, der genau unserem Vorsatze entspricht, ohne den Beigeschmack des Vorbedachtes an sich zu tragen. Sodann wird einerseits eine Schuldstufe aus dem römischen Rechte eliminirt, welche dieses als Regel nicht kannte, was sich, wie wir gesehen, aus der gewissermassen ängstlichen Betonung der Gründe, aus denen ausnahmsweise vom Principe abgegangen wird, ergibt; es wird den Römern nicht die sonst aus den Quellen durchaus nicht zu erweisende schwierige Unterscheidung zwischen überlegtem und übereiltem Entschlusse zugemuthet. Anderseits endlich wird einer Schuldstufe in jener allgemeinen Aufzählung ein Platz angewiesen, die im Rechte wirklich existirte und sonst in der l. 11 cit. gar nicht bedacht wäre — der culpa dolo determinata der l. 1. §. 3. D. ad leg. Corn. d. sic. Dass Marcian nicht auch den Ausdruck in rixa, sondern den allgemeineren: impetu, wählte, ist ganz begreiflich; als Gegensatz zum propositum eignete sich jener eben nicht; die rixa ist nur die Gelegenheit, in der ein impetus zum Ausbruche kommt, sie ist die concrete Erscheinungsform desselben. Auch steht dieser Auffassung nicht entgegen, dass es in der l. 1 cit. heisst: casu magis quam voluntate; unter den

casus der l. 11 fällt die rixa doch nicht, da mit demselben — wie auch die Glosse annimmt — nur die culpa levissima gemeint ist, die lediglich auf Grund der lex Aquilia verfolgt wurde [23]), während nach ausdrücklichem Zeugnisse die Tödtung in rixa criminell bestraft werden sollte [24]).

Es kann somit auch aus der vielerwähnten l. 11. §. 2. D. de poenis eine Unterscheidung innerhalb der gewollten Tödtung für das römische Recht nicht abgeleitet werden. Es ist vielmehr der Satz aufrecht zu erhalten: Die Römer kannten, abgesehen von den Fällen rechtmässiger Entleibung nur Eine Kategorie vorsätzlicher Tödtung, die nach der Vorschrift der lex Cornelia de sicariis, bzw. nach den mit Rücksicht auf den Stand des Verbrechers durch die Praxis erzeugten Modificationen bestraft wurde [25]). Im Laufe der Zeit wurden wenige ganz specielle Fälle, welche sich in der Praxis besonders bemerkbar machten, nach oben oder unten ausgezeichnet. Nach oben qualificirt wurde (abgesehen von dem seit alter Zeit mit der poena culei bestraften parricidium) das latrocinium, der Ab-

---

23) Birnbaum, Archiv 1832 S. 277.

24) Coll. I. 7. §. 2; auch l. 1. §. 3 cit. sagt nur: „leniendam poenam."

25) Damit stimmt überein Temme (Lehre von der Tödtung nach preuss. R. S. 55): Das römische Recht unterscheide innerhalb der vorsätzlichen Tödtung nicht weiter, da von der allgemeinen Regel der l. 11. §. 2. D. de poen. nirgends im Corp. jur. eine Anwendung gemacht werde. Als Grund der Strafmilderung bei der Tödtung des Ehebrechers nimmt er nicht den impetus, sondern den gerechten Schmerz an. Wundern muss man sich darüber, dass Temme, der also die einzigen Anwendungen einer Rücksicht auf Affekt nicht unter den Begriff des impetus rechnet, unter diesem doch einen Fall vorsätzlicher Tödtung versteht. Die einzelnen Anwendungen haben ja allein zur Erklärung des imp. nach der herrschenden Meinung geführt. Ohne sie wäre dieselbe undenkbar gewesen. Auch Jarcke sagt, im römischen Rechte sei von den durch die l. Corn. vorgesehenen Fällen nicht etwas Aehnliches, wie unser Todtschlag, geschieden worden (Handbuch Bd. III. §§. 37. 43).

schreckung wegen und um den Angehörigen Solcher, die auf so schmähliche Weise umkamen, als Trost die auf dem Fusse folgende, am Orte der That gehandhabte Bestrafung zu gewähren [26]). Gemildert wurde die Strafe, wenn der Ehemann den Treubruch an der Gattin oder deren Buhlen rächte. Dagegen kann eine allgemeine Berücksichtigung des Affektes aus den Quellen nicht bewiesen werden.

---

26) l. 38. §. 15, D. 48, 19. Dagegen lässt sich nicht, u. A. mit Birnbaum (Archiv Band 14 S. 519) behaupten, dass auch das veneficium eine qualificirte Tödtung war. Dieses Verbrechen wurde vielmehr nach wie vor gleich dem gewöhnlichen homicid. bestraft, auch hier galten schon deutliche Vorbereitungshandlungen der Vollendung gleich, auch hier ward an die Stelle der deportatio für humiliores die Todesstrafe gesetzt, während jene für altiores blieb (l. 28. §. 9. D. 48, 19). Es ist somit auch nicht zulässig, das veneficium für eine schlechthin mit der Todesstrafe geahndete Tödtung zu halten, wie dies Birnbaum thut. Von dem allgemeinen Ausspruche der l. 1. C. 9, 18 findet sich keine Anwendung.

Zweiter Abschnitt.

Canonisches Recht.

§. 4.

Für das römische Straf-Recht hatte das Individuum seine wesentliche Bedeutung weniger als solches, als vielmehr in seiner Eigenschaft als Mitglied des Staates; die Verletzung des Einzelnen ward daher vor Allem als ein Angriff auf das Ganze aufgefasst und die subjektive Schuld des Einzelwillens für bedürftig gehalten eines Ausgleichs mit dem verletzten allgemeinen Willen. Daraus ergab sich denn sehr bald die Nothwendigkeit einer Reaktion des öffentlichen Wesens an Stelle der Privatrache und bestimmte sich zugleich der Character, denn diese Reaktion an sich trug seitdem und so lange jene Auffassung die vorherrschende war — nämlich das Princip der Gerechtigkeit [1]).

Im Gegensatze hiezu hat die christliche Kirche der einzelnen Persönlichkeit weit mehr Bedeutung beigelegt; indem sie nicht für diese Erde, nicht für ein geordnetes Staatswesen wirken wollte, sondern die geistige Seite des Menschen und die Bestimmung der Seele, mit Gott vereinigt zu werden, im Auge hatte, bezweckten ihre Strafbestimmungen, namentlich soweit sie für Laien galten, in erster Linie Besserung des Verbrechers und Aussöhnung

1) Ueber die verschiedenen Ansichten hinsichtlich des römischen Strafrechtsprincips s. Köstlin, Geschichte des deutschen Strafrechts I. Nr. 6.

desselben mit Gott. Anderseits erblickte sie auch in jedem Individuum ein nach dem Ebenbilde des Schöpfers geschaffenes Wesen und betrachtete jede Verletzung desselben, auf welche Weise sie auch erfolgen mochte, als einen Frevel gegen den Schöpfer selbst. Theilen somit das römische sowohl wie das canonische Recht in der Hauptsache das subjective Princip hinsichtlich ihrer Auffassung des Verbrechens, indem beide mehr auf die Schuld des Thäters als auf den Erfolg der That sehen, so gelangen sie hiezu doch von einem ganz verschiedenen Ausgangspunkte aus und mit wesentlichen Modificationen. Dies ist am wenigsten auf dem Gebiete des Tödtungsverbrechens ausser Acht zu lassen. Den Römer interessirt z. B. nur der Mensch nach der Geburt als Angehöriger des Staates; die Zerstörung der Frucht im Mutterleibe hat für ihn eine Bedeutung nur, insoferne dabei zugleich die Gesundheit, das Leben der Mutter gefährdet wird. Dagegen erscheint es der christlichen Lehre als eine Vernichtung eines Wesens, das bereits Anwartschaft auf den Himmel hatte, somit als Tödtungsverbrechen, wenn die Frucht, nachdem sie einmal Leben erhalten hat, zerstört wird [2]. Das römische Recht sieht nichts Strafbares in der Tödtung eines Diebes, wenn Dieser sich bei Nacht einschlich oder Waffen trug; durch sein Verhalten hat er sich selbst mit dem Allgemeinen in Widerspruch gesetzt und daher dessen Schutz verwirkt. Das canonische Recht dagegen erklärt vermöge seiner Auffassung des Menschen als Ebenbild Gottes auch den für bussfällig, der, um sich gegen einen Dieb und Räuber zu schützen, das äusserste Mittel ergriff und ihn tödtete, wenn er noch auf andere Weise sich hätte retten können, ja es räth eine gewisse Busse sogar Demjenigen, der in nothwendiger Vertheidigung seines Lebens einen solchen Frevler erschlug [3]. Aus demselben Grunde sind selbst die Tödtung im Kriege und die rein zufällige mit, wenn auch

2) c. 20. X. 5, 12.
3) c. 2. X. 5, 12.

geringen Pönitenzen belegt [4]). Abgesehen von der soeben berührten Bedeutung, welche dem Ebenbilde der Gottheit beigelegt wurde, spielte wohl auch noch herein der Gedanke an die Sündhaftigkeit und Besserungsfähigkeit jedes Menschen und an die grosse Verantwortung, die man auf sich nimmt, wenn man durch eine jähe Tödtung die Gelegenheit zur Busse abschneidet. Damit hing wohl auch zusammen die Abneigung, welche die christliche Kirche lange Zeit gegenüber der Todesstrafe bewahrte. Dem Verbrecher das Leben zu verkürzen erschien als Widerspruch mit der Lehre Christi, welche ja nicht den Tod des Sünders will. Daher ist das Strafensystem wesentlich ein Bussensystem, ein Institut, das dem Uebelthäter Gelegenheit zur Besserung und zur Wiedergewinnung der göttlichen Huld gewähren soll. Dass die absichtliche Tödtung, also die wissentliche und gewollte Vernichtung eines Gliedes der christlichen Gemeinschaft, soweit sie nicht durch Nothwehr oder sonst geboten war, die schwerste Busse traf, begreift sich von selbst. Die echte kirchliche Lehre konnte aber innerhalb derselben auch nicht weiter unterscheiden und etwa in germanischer Weise die Tödtung in Ausübung der Rache gelinder bestrafen als eine aus anderem Motive verübte, weil das Christenthum die Rache des Menschen absolut verbot, ja die christliche Ethik den Satz: „Liebet eure Feinde“ an die Spitze stellte. Wenn wir nun doch in den ältesten kirchlichen Rechtsquellen — in den abendländischen Bussordnungen — die Tödtung pro vindicta fratris (aut aliorum parentum), also die Blutrache weit milder beurtheilt sehen als die Tödtung ausserhalb derselben [5]), so müssen wir hierin mit Wilda [6]) einen

4) Beichtbuch des Beda c. IV. §§. 5. 6. (Wasserschleben, die Bussordnungen der abendländischen Kirche, S. 225.)

5) Vgl. Poenitentiale Bedae IV. §. 2 mit §. 3; Poenitentiale Pseudo-Gregorii III. c. 3 (Wasserschleben, Bussordnungen etc. S. 224. 538), Regino de syn. caus. II. 6. 7. 8. 9. mit II. 23.

6) Strafrecht der Germanen S. 180.

entschiedenen Einfluss der Volksanschauungen auf die canonische Lehre erkennen. Aber dieser Einfluss ist vielleicht nicht so auffallend merkwürdig, wie er auf den ersten Blick erscheinen möchte. Die Kirche hatte in der ersten Zeit die schwierige Aufgabe, das Christenthum unter den heidnischen Völkern zu verbreiten [7]. Wenn sie nun im Wesentlichen durchdringen wollte, durfte sie nicht sofort mit tief im Volke eingewurzelten Anschauungen brechen. Sie musste sich vielmehr, so gut es ging, dieselben aneignen, um den Völkern entgegen zu kommen und dadurch ihrer Lehre in der Hauptsache Eingang zu verschaffen. Nun war aber gerade die Meinung, die Angehörigen eines Erschlagenen seien zur Rache an dem Thäter verpflichtet, enge mit den ursprünglichen Zuständen verwachsen, nur mit Zögern begriff man, dass auch hierin ein Widerspruch gegen alle staatliche Ordnung liege, sah aber in diesem Motive noch lange Zeit einen Grund, die Tödtung, welche in Folge desselben begangen, als eine ehrliche, minder strafbare zu qualificiren (s. u.). Wenn die Kirche sich einer solchen Grundanschauung sofort entgegengestellt hätte, würde sie wenig Erfolg erzielt haben. Als aber die Macht der Kirche wuchs und sie sich allmählich mehr und mehr die weltliche Gewalt unterwarf, hatte auch Nothwendigkeit des Nachgebens ein Ende; wir finden daher in den gratianischen und den folgenden canonischen Rechtsquellen keine Spur mehr von Concessionen an volksthümliche Grundsätze. Es dringt vielmehr nach und nach das Princip der christlichen Lehre völlig durch, wonach jede nicht von der Nothwendigkeit gebotene Tödtung gegen das göttliche Gesetz verstösst und kann am wenigsten das Motiv der dem Christenthum direkt widersprechenden Rache ein Milderungsgrund sein. Aber auch die Gemüthsstimmung des Thäters ist, soferne er nur überhaupt den Willen hat, zu tödten, für das canonische Recht ohne Rele-

---

7) v. Holtzendorff in seinem Handbuche d. deutschen Str.-R. Bd. I. S. 40.

vanz; nur die Trübung des Bewusstseins findet Berücksichtigung [8]), während der Todtschlag im Zorn als Gegensatz eines schuldlosen Handelns, als gewissermassen normaler Fall einer strafbaren absichtlichen Tödtung betrachtet wird [9]). Wir finden zwar den Gegensatz odii meditatione und iracundia subita (oder pro ira, per iram et rixam) und dem gemäss eine Abstufung der Busssätze [10]). Aber anderseits steht odii meditatione wieder der Nothwehr gegenüber [11]), scheint somit den dolus überhaupt zu bezeichnen; ferner finden wir die ira mit der rixa zusammengestellt [12]), und da nun, wie die sub Note 8 citirten Stellen beweisen, sonst die ira als Indiz des dolus galt und den Thatbestand des normalen Tödtungsverbrechens involvirte, dürfte sich die Behauptung rechtfertigen lassen, dass unter der Tödtung subita ira keine absichtliche, sondern eine solche zu verstehen sei, wie sie das römische Recht unter der in rixa verübten verstand. Es ist somit das canonische Recht für die Entwicklung irgend einer allgemeinen Unterscheidung innerhalb der rechtswidrigen absichtlichen Tödtung ohne alle Bedeutung gewesen [13]) und beschränkt sich der

8) c. 7. c. 15 qu. 1.

9) c. 13 eod. c. 1 X. 5, 10, Corrector Burchardi c. 15 (Wasserschleben a. a. O. S. 633). Dortselbst ist de industria et in ira dem casu committere entgegengesetzt.

10) Altera synodus Luci Victoriae §. 2. Capit. Dacheriana c. 82. Canones Gregorii c. 112. Poenit. Bedae IV. §. 4. Poenit. Pseudo-Gregor. III. c. 3 (Wasserschleben S. 104. 152. 173. 225. 538).

11) Corrector Burchardi c. 36 (Wasserschl. S. 636). C. 2. X. 5, 12,

12) Poen. Bedae IV. 4. Regino de synod. caus. II. 24.

13) Eine rein formale Eintheilung des homicidium enthält c. 2. X. 5, 14: facto - praecepto; (consilio - defensione drücken natürlich den Gegensatz von schlimmem Vorsatz und Nothwehr aus.) Dagegen erhielt mit der Zeit der Lohn- und Banditenmord eine Qualification durch c. 1 in 6to 5, 4, worin zugleich mit den Worten „mortem procurent etiam animarum“ auf jene Auffassung der Kirche vom Individ. hingewiesen ist. Diese Strafsanktion Innocenz IV. gab nachmals An-

Einfluss des Christenthums auf die Lehre von der Tödtung darauf, dass es mitwirkte, um in Deutschland die Unterscheidung von dolus und culpa mehr zum Bewusstsein zu bringen und das Privatbussensystem, den Abkauf des Friedens von den Verwandten des Getödteten, in den Hintergrund zu drängen [14]).

---

lass zu besonderer Erörterung dieser Species. (Henke, Handbuch des Crim.-R. u. d. Crim.-Pol. II. S. 51).

14) Dass die Kirche für die Unterscheidung von Prämeditation und Affekt von wesentlichem Einflusse war, behaupten u. A. Jarcke, (Handbuch Bd. 3 S. 213) und Hälschner (System d. preuss. Str.-R. Bd. 2 S. 125). Auch das Asylrecht der Kirche kann nicht als ein Mittel betrachtet werden, mit dem dieselbe auf die Unterscheidung zwischen Mord und Todtschlag einwirkte. Im Gegentheile haben die weltlichen Gesetze das Asylrecht für den Mörder u. A. aufgehoben, in dasselbe also ihrerseits eingegriffen. (S. z. B. Oefnung von Embrach, Grimm, Weisthümer I. 113. Bambergensis Art. 207).

Dritter Abschnitt.

Deutsches Recht bis zur Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts.

§. 5.

Die Volksrechte. Die Capitularien. Die Gesetze der Angelsachsen. *)

Verschieden von der römischrechtlichen Auffassung des Verbrechens sowohl, als von der canonischen ist die der alten Germanen. Zwar fehlte diesen keineswegs gänzlich der Begriff des objectiven Rechtsbruches [1]); dies beweisen die Nachrichten des Tacitus [2]), wonach eine öffentliche Bestrafung in manchen Fällen allerdings stattfand. Aber es darf aus diesen Angaben wohl nicht mehr geschlossen werden, als dass es gewisse Handlungen gab, die schon ihrer Natur nach gegen die Gesammtheit gerichtet waren und daher einer öffentlichen Verfolgung unterliegen mussten. Dass auch Angriffe auf das einzelne Individuum als Verletzungen eines höheren, allgemeinen Willens angesehen wurden, lässt sich aus der Stelle bei Tacitus nicht entnehmen [3]). Denn wenn auch der Gemeinde ein Theil

---

*) Die Volksrechte und die Capitularien sind nach Walter's corpus juris Germanici, die angelsächsischen Gesetze nach Reinhold Schmid citirt.

1) Wilda, Strafrecht der Germanen S. 210 ff.

2) Germania c. 12.

3) So dürfte namentlich kaum mit Wilda (S. 154) anzunehmen sein, dass unter den ignavi und imbelles auf Verbrecher wie Mörder, Diebe etc. gemeint seien. Wir finden ja, dass in den Volksrechten der

der Busse zu entrichten war, so kam es dazu doch blos, wenn der Verletzte nicht die Rache vorzog, also nur zugleich mit der Busszahlung an den Verletzten und ohne dass die Gemeinde ein selbständiges Recht gehabt hätte. Wählte Jener die Rache, so zeigte sich der Gesichtspunkt der Privatverletzung und der privaten Verfolgung als der ausschliessliche. Es lässt sich doch wohl nicht annehmen, dass die Rache damals in ihrer Zulässigkeit und Ausdehnung rechtlich normirt, oder gar der Ausdruck des reagirenden allgemeinen Willens, ein Mittel der Genugthuung für den letzteren gewesen sei. Es war vielmehr ein vom Rechte unabhängiger Naturzustand, der aus einer Zeit herüberragte, in welcher der Einzelne lediglich auf die Selbstvertheidigung angewiesen war. In diesen Naturzustand griff im Laufe der Zeit die öffentliche Gewalt allerdings insoferne ein, als sie der durch die schrankenlose Willkür herbeigeführten Unordnung und Verwirrung thunlichst entgegensteuerte. Denn es konnte nicht ausbleiben, dass die Rache den Verbrecher zur Gegenwehr zwang und somit allerdings das, was wir Fehde nennen [4]), entstand. Von einem Fehderechte kann freilich keine Rede sein; aber faktisch kam es eben zu einem solchen Kriege unter den Parteien und ihrem Anhange, weil es an der hemmenden Macht fehlte [5]). Eben desshalb waren denn wohl auch die der Rache gezogenen Schranken keine zwingenden, sondern man musste sich damit begnügen, dem Verletzten die Wahl zwischen gerichtlicher Verfolgung des Thäters und der Selbsthilfe zu gestatten. Wählte er

---

Mord nur durch ein höheres Wergeld ausgezeichnet ist. Warum die öffentliche Strafe nachmals wieder abgekommen sein soll, lässt sich nicht erweisen.

4) Faida bedeutet, wie Waitz (deutsche Verfassungsgeschichte I. S. 196 N. 3) ausführt, die Rache, nicht die daraus sich entwickelnde Fehde nach unserem Begriffe.

5) So auch Hälschner, System III. S. 25. S. auch die dortselbst S. 23 N. 1 angeführten Schriftsteller bezügl. der Fehde.

den ersteren Weg, so gewährten ihm die Bussen für das erlittene Unrecht eine materielle Entschädigung [6]) und zugleich entging er der Gefahr, als der Schwächere bei Ausübung der Rache dem vielleicht stärkeren, mächtigeren Gegner zu unterliegen. Aussicht, die Sache friedlich beizulegen, bot sich hiemit immer dann, wenn das erlittene Uebel von der Art war, dass dem Verletzten der materielle Vortheil eine ausreichende Genugthuung gewährte und er anderseits von der Selbsthilfe sich keinen Erfolg versprach [7]). Darüber hinaus ging die Wirkung nicht, und es wird namentlich dann zur Ausübung der Rache gekommen sein, wenn die Verletzung eine so schwere war, dass sie durch Geld nicht wohl gesühnt werden konnte. Daher erhielt sie sich wohl am meisten bei der Tödtung, wo sie für die überlebenden Familiengenossen zur Blutrache sich gestaltete. Wir finden über dieselbe — abgesehen von den nordischen Rechten [8]) — in den germanischen Rechtsquellen wenig Anhaltspunkte; sie war jedenfalls schon zu Tacitus' Zeit nicht unbedingt geboten, so dass auch eine Tödtung durch Busszahlung an die Verwandten gesühnt werden konnte [9]).

Die gerichtliche Verfolgung wurde wohl mit der Zeit die Regel, weil sie schneller zum Ziele führte und weiteren Unfrieden und Frevel abschnitt. Es tauchte zugleich auch mehr und mehr das Bewusstsein auf, dass mit einem geordneten Gemeinwesen sich die Fehde nicht vertrage, dass es besser sei, wenn in allen Fällen, soweit es durchzusetzen, ein über den Parteien stehender Wille, das Gericht, entscheide, und diese nach und nach herkömmliche Anschauung fand Ausdruck in den aus der Gewohnheit herausgebildeten Volksrechten, welche zwar nicht ein direktes

---

6) So fasst auch Hälschner a. a. O. S. 26 die Busstaxen auf.

7) Vgl. Siegel, Geschichte des altdeutschen Gerichtsverfahrens I. 19.

8) S. darüber Wilda S. 169.

9) Tacitus Germ. c. 21.

Verbot der Racheübung erliessen, aber indirekt durch Aufstellung fester Busssätze für Verwundungen und Tödtungen, ohne dabei der Rache als Ausnahmsfalles zu gedenken, diese ausschlossen. Dass damit nicht auch jede thatsächliche Ausübung derselben ausgeschlossen war, versteht sich von selbst. Aber der Ausübende setzte sich nun mit dem positiven Rechte in Widerspruch und verfiel der Strafe. Ausnahmsfälle berechtigter Rache (z. B. gegenüber dem Ehebrecher u. a.) ändern natürlich an diesem Principe Nichts, vielmehr bekräftigt deren ausdrückliche Anführung gerade das Princip. Dagegen finden sich allerdings Stellen, welche wenigstens bei absichtlicher Tödtung die Rache zu gestatten scheinen, indem sie dieselbe bei unabsichtlicher besonders verbieten [10]). Unter der dort genannten faida ist aber wohl nichts Anderes als Verfolgung eines Friedlosen gemeint, und wie in anderen Stellen statt excepta faida excepto fredo steht [11]), so ist auch hier nur so viel gesagt, dass der nolendo Handelnde nicht friedlos gelegt wird. Es ist also damit nur das Princip aufrecht erhalten, dass der, welcher sich durch Erlag der Busse und des fredum nicht der Frieden erkauft, nachdem er einen Anderen erschlagen hat, busslos getödtet werden könne. Ein Wahlrecht ist den Hinterbliebenen damit nicht zugestanden [12]). Sind nun die in den Volksrechten aufgenommenen Busstaxen ihrer Entstehung gemäss Entschädigung für den Verletzten, in der Folge aber auch Surrogate verbotener Selbsthilfe, so ergibt sich von selbst, dass die damit zu sühnenden Handlungen in erster Linie als Privatdelikte, und nicht als öffentliche Verbrechen aufzufassen sind. Erst das Secundäre ist der öffentliche Charakter, den sie durch die Nothwendigkeit der Zahlung einer gewissen Summe zur Wiedererlangung des Gemeindefriedens erhielten [13]); im

---

10) Z. B. L. Sax. XII. 5. Ed. Roth. c. 389 u. a.

11) Z. B. L. Rip. LXX. 1.

12) Vgl. Leg. Edmundi (Angl.) II. c. 1.

13) Hieraus folgert Wilda, dass jedes gegen eine bestimmte

Vordergrunde steht die Privatbusse als Ersatz des erlittenen Schadens. Hieraus allein erklärt sich die Thatsache, dass selbst zufällige Verletzungen einer Busse unterlagen.

Eine ganz andere Frage ist aber die, ob den Germanen die Idee von der subjektiven Verschuldung fehlte, ob sie wirklich auf den Erfolg, den zugefügten Schaden, oder ob sie vielmehr auch auf den Willen des Handelnden Rücksicht nahmen. In dieser Beziehung ist in der Hauptsache Wilda beizutreten; die subjektive Verschuldung war allerdings den Germanen keineswegs gleichgiltig, die Busssätze richteten sich vielmehr wesentlich nach der Grösse dieser Verschuldung [14]). Diese Annahme wird durch die Auffassung der Bussen als Privatentschädigung durchaus nicht erschüttert. So wenig das Civilrecht, das sich doch auch nur um die Befriedigung der rechtlich begründeten Ansprüche des Individuums kümmert, sich mit einem jeden materiellen Verluste desselben begnügt, so wenig es, im Falle dass ein solcher durch einen Anderen veranlasst wurde, diesen unter allen Umständen haftbar macht, gleichgiltig, ob auf seiner Seite eine culpa vorhanden oder nicht vorhanden, eben so wenig kann einem Volke, das nicht im Zustande der absoluten Unvernunft und des gräulichsten Barbarismus sich befindet, es einerlei sein, ob der, welcher das Recht eines Anderen verletzte, mit oder ohne Schuld die Verletzung herbeiführte. Aber die Bedeutung des

---

Person gerichtete Unrecht als ein Rechtsbruch in objectiver Beziehung angesehen wurde.

14) Hälschner a. a. O. S. 27 meint, die Grösse der Busssätze seien kein unbedingter Massstab für die Grösse der verbrecherischen Schuld, weil sie nur das Interesse des Verletzten, die Racheübung zu unterlassen, bezweckten. Aber dem gegenüber ist zu bemerken, dass trotz des ganz gleichen Schadens Abstufungen der Busse bestanden. Diese lassen sich doch nicht anders als mit Rücksicht auf die subjektive Schuld erklären. Je grösser dieselbe, desto mehr wird der Verletzte aufgebracht sein, je geringer sie ist, desto eher verzeiht Dieser. Dagegen ist der materielle Schaden absolut kein anderer, ob z. B. aus gerechtem Zorne oder sine causa Einer erschlagen würde.

Schadensersatzes war doch eine so vorherrschende, dass von einer Busse auch in Fällen blossen Zufalles nicht abgesehen wurde. Der Werth dieses Unterschiedes lag, was speciell die Tödtung betrifft, darin, dass einmal nur ein einfaches, niemals erhöhtes Wergeld zu zahlen war, und dass ferner die unabsichtliche Tödtung kein Friedbruch war, also auch durch kein Friedgeld gesühnt zu werden brauchte, wodurch denn auch die Fehde ausgeschlossen war[15]).

Diese Unabsichtlichkeit ist aber mit einer Modification zu verstehen; es gehören dahin ausser dem reinen Zufalle nur die Fahrlässigkeit, bei welcher gar kein dolus mit unterläuft; z. B. wenn ein auf ein Wild gerichtetes Geschoss, oder ein gefällter Baum einen eben vorübergehenden Menschen trifft. Dagegen genügt zur Annahme eines eigentlichen Todtschlages eine mit Willen und Bewusstsein vorgenommene, auf die Verletzung des Anderen gerichtete Handlung, deren Erfolg der Tod war, gleichgiltig ob die Absicht sich bis auf diesen Erfolg erstreckte oder nicht [16]). Dieser Begriff ist jedesmal dann anzunehmen, wenn die Quellen schlechthin sagen: Si quis hominem occiderit (s. interfecerit) [17]). Näher präcisirt wird dieser Begriff in manchen Stellen dahin, dass Todtschlag die im Zorne wegen vorangegangener Beleidigung oder Verletzung, oder im Streite mit dem Gegner offen verübte Tödtung ist [18]). Wir haben uns wohl überhaupt unter dem Todtschlage die nicht mehr gestattete Selbsthilfe oder Rache zu denken, die an

15) Bezeichnungen für die unabsichtliche Tödtung: nolens, nolendo, extra voluntatem z. B. L. Angl. X. 8 L. Fris. add. III. 69. L. Roth. c. 389. L. Rip. LXX. 1. L. Saxon. XII. 5. L. Sal em. XXVI. 9. L. Liutpr. c. 136.

16) L. Wisig. VI. 4, 8; 5, 6. Wilda a. a. O. S. 688. Hälschner a. a. O. S. 33.

17) L. Sal. em. 43, 1. L. Rip. 7; L. Alam. 68, 1. L. Bajuv. III. 13 §. 1. L. Fris. I. 1 etc. L. Sax. II. 1. Capit. III. a. 813 c. 3. Aehnlich die angelsächs. R.-Qu.: „Wenn Jemand einen freien Mann erschlägt.“ Z. B. Aethelb. Gesetze 6; 21; 22. etc.

18) L. Alam. 45, 1. L. Roth. 43.

sich den Germanen nicht als etwas Bösartiges, unedle Gesinnung Verrathendes erschien. Daher musste der Thäter auch nur einfachen Ersatz leisten, also nicht mehr, als der, welcher aus Fahrlässigkeit oder Zufall Einen des Lebens beraubt hatte; nur hatte er zum Unterschiede von Diesem im Falle der Zahlungsweigerung Friedlosigkeit zu erwarten und konnte dann busslos von Jedermann erschlagen werden. Wie aber von jeher mit der germanischen Rache die Heimlichkeit unverträglich war [19]), und sogar der, welcher in rechter Vertheidigung seiner Habe oder in Ausübung berechtigter Privatrache einen Frevler erschlug, sich dann der strafbaren Tödtung schuldig machte, wenn er die That verheimlichte [20]), so zieht durch die ganze Reihe einzelner Bestimmungen in allen germanischen Rechtsquellen sich der Grundsatz: Der Todtschläger, welcher die That, sei es wie immer, verbirgt, verschlimmert seine Lage. Und so bedeutungsvoll ist dieser Punkt, dass sich darauf, wie sich unten zeigen wird, vielfach eine ganz andere Charakterisirung der Handlung baut.

Der Todtschläger musste also offen und ehrlich, ohne hinterlistiges Ueberfallen, Stirne gegen Stirne gewandt den Streich geführt haben. Er musste auch seine That freimüthig bekennen, durfte weder objektiv die Spuren derselben vernichten, noch seine subjektive Thäterschaft abläugnen. Aus seiner Offenheit wurde vermuthet, dass ihn ein an sich edles Motiv geleitet habe [21]). Dagegen kam es auf die Entstehung des Entschlusses, sofern dieser direkt auf die Tödtung ging, gar Nichts an. Es wurde nicht erfordert, dass der Thäter von plötzlichem Affekte hingerissen wurde; vorgängige Ueberlegung alterirte den Charakter der Handlung und die Qualification derselben

---

19) Wilda a. a. O. S. 159.

20) L. Rip. 77.

21) Dies Alles ergibt sich aus dem Gegensatze der höheren Tödtungen. Ausdrücklich verlangt ist die Veröffentlichung L. Henrici I. c. 83 §. 6.

nicht im Mindesten. Der Thäter konnte den Hass, die Leidenschaft gegen den Erschlagenen längst in sich herumgetragen und nur die beste Gelegenheit ergriffen haben, um seinen vielleicht lange vorher gefassten Entschluss auszuführen; er war trotzdem, wenn die übrigen Voraussetzungen gegeben waren, blos Todtschläger[22]).

In den germanischen Rechtsquellen erscheint nicht selten eine Art busswürdiger Tödtung, die Wilda auffasst als einen im Zorne begangenen Todtschlag, wobei der Thäter ohne die auf eine bestimmte Verletzung gerichtete Absicht, durch irgend eine Veranlassung von der anderen Seite hingerissen, den Gegner angegriffen haben soll[23]); nemlich die Tödtung „se defendendo." Es spricht aber für diese Erklärung kaum irgend ein Zeugniss, und doch müsste sie, da sie dem Wortsinn entschieden Gewalt anthut, positiv begründet werden können. So hat denn auch Geyer[24]) mit Recht sich gegen dieselbe gewandt

22) So auch Hälschner a. a. O. S. 37. Wilda, der zwar sonst mit dem hier Vorgetragenen übereinstimmt, sieht doch (S. 272) im Falle der L. Alamann. 41, 1 das die höhere Tödtung — den Hausfriedensbruch — charakterisirende Merkmal im Vorbedachte. Warum soll aber der Hausfriede dann verletzt, die Stätte dann entweiht sein, wenn der Thäter sie mit Vorbedacht entweihte? Vielmehr dürfte der Schwerpunkt in dem allgemeinen Grundsatze liegen, dass die Tödtung durch ein hinterlistiges Ueberfallen erschwert werde. Das Haus, der Heimfriede schützt den Bewohner, gibt ihm das Gefühl der Sicherheit. Davon kann aber dann keine Rede sein, wenn derselbe im unmittelbaren Zusammenhange mit einem vorangehenden Kampfe verfolgt und getödtet wird. Hier weiss er sich ja gefährdet, er versieht sich dessen, was kommen wird. Dagegen verlässt er sich arglos auf den Schutz des Hausfriedens, er erwartet überhaupt keine künftige Beunruhigung mehr, wenn die Gegner von der Verfolgung abgestanden sind. Wird er dann dennoch plötzlich überfallen, so ist die That eine viel schwerere.

23) Wilda S. 564. Noch entschiedener Hälschner a. a. O. S. 35 H. 1 welch' letzterer meint, die Richtigkeit dieser Auffassung werde jetzt wohl nicht mehr bezweifelt.

24) Lehre von der Nothwehr S. 87 ff.

und die wörtliche, kaum umzustossende Bedeutung „Nothwehr“ beibehalten. Angeschlossen hat sich Osenbrüggen [25]) speciell für das longobardische Recht. Entgegen steht gewiss nicht, was Wilda, von einem allgemeinen Grundsatze ausgehend, anführt: es sei undenkbar, „dass zu einer Zeit, in der noch eine Tödtung, um einen Verwandten zu rächen, als eine in gewisser Weise entschuldbare angesehen wurde, der, welcher sein eigenes Leben und Gut gegen einen Angriff, den er nicht anders abwehren konnte, vertheidigt hatte, genöthigt sein konnte, Wergeld zu erlegen.“ Denn einmal finden wir in den Volksrechten von einer Milderung, im Falle, dass ein Verwandter gerächt wurde, Nichts; dagegen begreift eine Stelle aus dem altenglisch-normannischen Rechte, dass vom Wergelde auch bei der Tödtung in Ausübung der Rache nicht abgesehen wurde [26]). Ferner ist es, wie Osenbrüggen sehr treffend bemerkt, nichts Absonderliches, wenn auch für einen in Nothwehr Getödteten Busse gezahlt werden musste, da ja sogar Derjenige, welcher aus Zufall den Tod eines Anderen bewirkt hatte, mit dessen Wergelde einzustehen hatte. Darüber, dass das einfache Wergeld auch ohne subjektive Verschuldung gezahlt werden musste, also lediglich den materiellen Schaden aufzuwiegen hatte, ist nicht hinwegzukommen. Vielmehr Gewicht hat es, wenn Wilda sich ferner darauf stützt, dass die eigentliche Nothwehr nach manchen Stellen wirklich straflos blieb. Merkwürdig ist allerdings, dass nur in den Fällen, in welchen auch kein Wergeld zu zahlen war, das se defendendo bestimmt als Nothwehr, als Vertheidigung gegen einen rechtswidrigen Angriff erscheint [27]). Nun hält eine andere Stelle zwei Fälle auseinander, die, der Stufe damaliger Rechtsbildung

---

25) Longobard. Strafrecht S. 66. 69.

26) L. Henr. I. c. 83 §. 6, wo noch dazu die Tödtung in vindictam und die de defendendo gleichmässig behandelt sind.

27) Ed. Rothar. c. 280. L. Liutprand. c. 143. L. Henr. I. reg. (Angl.) c. 83.

entsprechend, nicht die Gegensätze rechtswidrig und rechtmässig, sondern unverschuldet und verschuldet darstellen [28]). Es heisst dort nemlich: Das Wergeld müsse gezahlt werden, „si ipse (scil. qui alterum interfecit) auctor commotae inter eos rixae exstiterit — — — Sin autem non ille, qui alterum interfecit, sed is qui interfectus est, eandem rixam commovit, absque compositione jaceat [29]). In dieser Stelle ist der Schlüssel zu dem Principe zu finden, nach welchem schon früher unterschieden wurde [30]); und es liegt der Gedanke sehr nahe, dass auch die anderen Stellen, nach welchen die se defendendo verübte Tödtung Verpflichtung zur Wergeldzahlung nach sich zieht [31]), Fälle begreifen, in denen der Todtschläger selbst den ersten Angriff machte, worauf der Gegner den Streit fortsetzte, seinerseits den Anderen verfolgte und nun zur Abwehr von Diesem, dem Provocirenden, erschlagen wurde. Nach unseren Rechtsanschauungen wäre hierdurch der Begriff wahrer, berechtigter Nothwehr natürlich nicht alterirt. Aber nach damaliger Auffassung unterschied sich dieser Fall von der busslosen dadurch, dass bei dieser letzteren den Todtschläger gar keine, den Erschlagenen alle Schuld traf. Mit der hier vertretenen Erklärung dürfte einerseits der

---

28) Geyer a. a. O. S. 94.

29) Cap. Hlud. et Hloth. a. 829 c. pr. leg. hab. c. 1.

30) Vgl. L. Liutpr. c. 20 c. 62 mit c. 143 und mit Roth. c. 280. In den beiden letzten Stellen lässt sich doch schwer mit Geyer und Osenbrüggen eine blos ausnahmsweise andere Behandlung annehmen.

31) Cap. Carol. M. in Theod. villa prom. a. 805. L. Henr. I. reg. (Angl.) c. 80 §. 7. c. 83 §. 6. c. 87 §. 6. An die Kirche und den Königsbann ist zu zahlen nach Cap. Aquisgr. a. 817 c. leg. add. c. 1. Diese Stelle beweist am meisten gegen Wilda; es heisst hier: si — — unus in ecclesiam fugerit et ibi se defendendo eum interfecerit; diese Worte veranschaulichen, wie der Todtschläger, im Rückzuge begriffen, sich flüchtet und verfolgt wird, und lassen gar keinen anderen Gedanken Raum, als dem, dass er sich wirklich gegen die Verfolger zur Wehre setzt.

Gesichtspunkt der Gegenwehr, den der Wortlaut verlangt, gewahrt und doch zugleich der Thatsache Rechnung getragen sein, dass in den Rechtsquellen die Tödtung se defendendo verschiedene, sich gegenseitig widersprechende Folgen nach sich zieht. Hiemit erledigt sich auch die Frage, was in Leg. Liutpr. c. 20 unter dem alium adsalire et eum pro quacumque causa occidere gemeint sei. Ist die Tödtung se defendendo immerhin eine in Nothwehr verübte, so kann man in dem gegenübergestellten, mit Vermögenseinziehung bedrohten Verbrechen nicht den Thatbestand einer höheren Tödtung [32]), sondern nur den eines normalen Todtschlags erblicken, dessen Begriffsbestimmung hier eine prägnantere ist, um den Angriff von der Vertheidigung zu unterscheiden. Man sieht, dass der Todtschlag im longobardischen Rechte bereits den Charakter eines öffentlichen Verbrechens angenommen hatte.

Von dem normalen Todtschlage unterscheiden nun die Quellen eine Reihe höherer, hinsichtlich der Strafbarkeit objektiv erschwerter Tödtungen [33]). Es wurde oben bereits dem Gedanken Ausdruck verliehen, der germanische Todtschlag sei die Ausübung einer zwar nicht mehr erlaubten, aber immerhin nicht als verwerflich angesehenen Rache gewesen und habe auch hinsichtlich der Art der Ausführung stets den Charakter der germanischen Rache in sich getragen. Damit ergeben sich von selbst alle jene Arten der Tödtung, die eine höhere Busse, bzw. öffentliche Bestrafung zur Folge hatten, indem dieselben durchgängig

---

32) Als solche versteht es Hälschner a. a. O. S. 35. Aber „adsalire" heisst wohl nur, aggressiv gegen Jemand vorgehen, und muss nicht als hinterlistiges Ueberfallen verstanden werden. Auch dürfte pro quacunque causa eher der Gegensatz zu sine causa als mit diesem identisch sein, wie Wilda (S. 563 H. 4, meint.

33) Die ganz subjektiven Abstufungen je nach dem Range des Getödteten, sowie die erst mit dem Christenthume auftauchende Qualification der Verwandten- und Gattentödtung (Wilda S. 714) können hier nicht in Betracht kommen.

Merkmale an sich tragen, die mit der ehrlichen Rache unvereinbar waren. Unverträglich mit der Rache war einmal die Heimlichkeit [34]); der heimliche Todtschlag war qualificirt als Mord. Gerade so wenig vertrug sich mit der Rache die Hinterlist, der Gebrauch unehrlicher Mittel [35]); das hinterlistige Vorgehen machte den Todtschlag zu einer sittlich verwerflichen That. Und wie selbst der Friedlose vor der Rache sicher war, wenn er sich an einem befriedeten Orte befand [36]), so war auch der Todtschlag an solcher Stelle ein höheres, in der Folge todeswürdiges Verbrechen.

Aus dieser Betrachtung ergibt sich als germanische Grundanschauung, in deren Centrum die sämmtlichen Merkmale höherer Tödtung zusammenkommen, folgende: Der Germane, streitbar und kampflustig, scheute sich nicht, dem Gegner, wenn dieser sich dessen versah, also offen und ehrlich, seinen Zorn bis zum Aeussersten fühlen zu lassen; dagegen galt es in seinen Augen als eine entehrende That, wenn die Handlung durch die Art ihrer Ausführung eine niedrige, bösartige Gesinnung verrieth, sei es, dass der Gegner hinterlistig, ohne dass er eine Gefährdung vermuthen konnte, überfallen oder sonst als Wehrloser hingestreckt wurde, wohin auch die Fälle gehören, in denen trotz Friedens- oder Treuegelöbnisses der arglos hierauf Bauende erschlagen wurde; oder sei es, dass die Thatumstände auf das Vorhandensein eines keineswegs ehrlichen, vielmehr verwerflichen, schändlichen Motivs hindeuteten.

Also in der unedlen, gemeinen Gesinnung des Thäters kommen alle Merkmale höherer Tödtung, soweit sie sich nicht lediglich auf die Person des Getödteten beziehen, überein.

Wir haben gesehen: selbst der homo faidosus soll in der Kirche, zu Hause, auf dem Kirchgange, auf dem Wege zu und von der Dingversammlung Frieden haben. (S. die

34) Wilda S. 159, bes. H. 1.
35) Wilda S. 158.
36) L. Fris. add. 1 c. 1.

Note 36 cit. Stelle). Jede Tödtung einer anderen Person an diesen Orten ist eine höhere, weit strafbarere als der gewöhnliche Todtschlag, wohl zunächst desshalb, weil die Weihe dieser Stätten dem Angegriffenen ein Gefühl der Sicherheit verliehen hat, vermöge dessen er keine Gefährdung erwartete und daher zur gehörigen Vertheidigung untauglich ist. Nicht die Heiligkeit des Ortes an sich erhöht die Strafbarkeit; es wäre kaum begreiflich, warum diese Heiligkeit durch eine Tödtung nach vorausgegangenem Streite weniger verletzt worden wäre, als durch plötzlichen Ueberfall, wenn die blosse Thatsache, dass die geweihte Stätte mit Blut besudelt wurde, den Ausschlag gegeben hätte [37]). Zunächst massgebend war vielmehr: Der Angegriffene war zu friedlichem Zwecke gekommen und konnte glauben, auch jeder Andere habe nur dieselbe friedliche Absicht. Diese Arglosigkeit zu benützen, galt als unehrlich, unmännlich, feige, und darum traf den Thäter ein weit schwereres Uebel als den gewöhnlichen Todtschläger.

Ein befriedeter Ort war auch der, an welchem der König weilte, sowie dessen gewöhnlicher, wenn auch nicht momentaner Aufenthalt; endlich war befriedet der Gang zu und von ihm — all' dies wohl aus dem nemlichen Grunde: in der Nähe des Königs sollte Jeder sicher sein und sich darauf auch verlassen können. Noch mehr fällt dieser Gesichtspunkt auf in jenen Fällen, da Jemand unter dem besonderen Schutze des Königs steht [38]), und er gilt schliesslich auch für den Heerfrieden, da hier gleichfalls angenommen werden muss, Derjenige, welcher auszieht, um den Feind zu bekämpfen, versehe sich keines Angriffes von Seite des eigenen Streitgenossen [39]). Mit Vorstehendem

37) L. Alam. 45, 2, s. o. N. 22 u. vgl. die von Wilda (S. 272 N. 4) hiezu in Parallele gezogenen Stellen aus dem nordischen Rechte, in dem dasselbe auch für den Kirchen-, den Ding- und den Feld-Frieden galt.

38) Wilda S. 256.

39) Hier fällt freilich mit in's Gewicht, dass im Felde schon die Disciplin grössere Strenge erheischt.

soll nun die religiöse Grundlage den höheren Frieden, welche sie namentlich in der heidnischen Zeit hatten, nicht geläugnet werden; um so weniger, als auch später noch die Kirche an sich so heilig und unverletzlich war, dass Frevel, welche nicht gegen Personen, sondern gegen die Stätte selbst und die ihr geweihten Gegenstände verübt wurden, die strengste Bestrafung nach sich zogen [40]). Aber einerseits reicht, wie wir gesehen haben, diese mehr objective Erklärung nicht für alle Fälle aus; anderseits ist die Rücksichtnahme auf Manifestation einer hinterlistigen, verrätherischen Gesinnung echt germanisch, zeigt sich auch sonst überall und hat insbesondere in der christlichen Zeit, in der, abgesehen vom Kirchenfrieden, das religiöse Moment für die übrigen gefriedeten Orte verschwand, sich hauptsächlich geltend gemacht. Ja im späteren Mittelalter wird die Tödtung mit Bruch eines höheren Friedens sogar als „Mord" bezeichnet, welcher Name stets zur Charakterisirung einer aus besonders niedriger Gesinnung verübten That gebraucht wurde.

Es hatte nun die mit Bruch eines höheren Friedens verbundene Tödtung vielfach nur die Verrflichtung, erhöhte Busse zu zahlen, zur Folge [41]); doch zeigt sich hier auch schon ziemlich früh eine öffentliche Strafe [42]).

Eine höhere Tödtung war auch die mit Bruch eines gelobten Friedens verbundene, d. h. die Tödtung eines Mannes, dem man, in Folge einer von ihm ausgegangenen Verletzung, nach Empfangnahme der Busse für die Zu-

---

40) L. Sax. II. 8. Cap. Paterb. a. 787 c. 3.

41) Cod. Fuld. (Leg. Sal.) 16, 4. L. Sal. em. 66, 1; 43, 4. L. Rip. 64. 11, 1. L. Alam. 29, 2; 4. L. Bajuv. 2, 4 §. 1 u. 2. L. Fris. 17, 2. L. Angl. et Wer. 10, 7. L. Saxon. 5, 1. Aethelbirth's Gesetze c. 3. Knut's Gesetze I. 58. — Wie ein höherer Friede soll auch die Zeit der öffentlichen Pönitenz höheren Schutz verleihen. Auf Tödtung eines Büssenden steht dreifaches Wehrgeld und dreifacher Königsbann: Capit. Karol. M. et Ludov. pii Lib. IV. c. 18.

42) L. Alam. 26. Bajuv. II. 4 §. 3. Sax. III. 4. II. 8; 10. L. Henr. I. c. 12 §. 1 c. 79 §. 5. Aethebred's Ges. 8, 1. Knut I. 58.

kunft Sicherheit vor weiterer Gefährdung versprochen hatte, der also, im Vertrauen auf das Gelöbniss und die hierüber verfasste Urkunde, den Angriff nicht erwarten konnte [43]). Hieran lassen sich reihen die Tödtung Wehrloser, welche ein erhöhtes Wergeld verlangt und zwar wohl desshalb, weil ein erschwerendes Moment in der Feigheit des Thäters liegt, der sich nicht schämt einen Angriff zu machen da, wo er keinen Widerstand zu fürchten hat; dann die Tödtung mit Bruch eines besonderen Treuverhältnisses, die meist mit öffentlicher Strafe bedroht ist, weil sie ein Verrath an demjenigen ist, in dessen Hand der Thäter das Gelübde ewiger Treue abgelegt hat, der sich also am wenigsten von dieser Seite eines Angriffes versah [44]). Unter die Tödtung mit Treubruch fällt auch die von Geiseln; auch diese sollten eines höheren Schutzes geniessen, sie sollten dem ganzen Volke, das sie auf völkerrechtliche Treue und Glauben empfangen hatte, ihr Vertrauen entgegen tragen können; die Tödtung solcher war mit erhöhtem Wergelde zu büssen [45]).

Niedrigkeit der Gesinnung bekundet endlich auch das, eine ganze Reihe erschwerender Umstände umfassende verwerfliche Motiv des Thäters. Das älteste germanische Recht spricht diesen Gedanken nirgends ausdrücklich aus; wie es ganz zu seiner sonstigen Ausdrucksweise passt, gibt es lediglich äussere Merkmale, Erscheinungsformen an, die einer in schlimmer Absicht verübten Tödtung gewissermassen eigen waren. Das nächstliegende, wohl stets zutreffende Merkmal einer solchen Absicht war die heimliche Verübung der Tödtung. War es doch germa-

---

43) Ed. Rothar. c. 143. Capit. a. 805 c. 5. Die ausgestellte Urkunde hiess „securitas pro homicidio“, s. Form. Sirm. 39. Marculf. II. 18. Bignon. 8. Lindenbr. 124.

44) Tödtung Wehrloser: L. Sal. em. 26, 1. Alam. 49, 2. Bajuv. III. 13 §. 2. Treubruch: L. Sax. III. 2. 3. Henr. I. c. 75. Capitulatio de part. Sax. VII. etc.

45) L. Fris. 20; diese Tödtung ist sogar „Mord“ genannt.

nische Eigenart, auf die blutige That, wenn sie eine gerechte Ursache hatte, wenn sie das Ehrgefühl erforderte, stolz zu sein! Desshalb liess es sich wohl nicht leicht Einer beikommen, in solchem Falle anders als offen und ehrlich zu verfahren. Ueberfiel aber Einer den Anderen heimlich und hinterlistig, verwischte er die Spuren, läugnete er die That, so betrachtete man ihn als einen Menschen, dem es um die Erreichung eines sittlich verwerflichen, vielleicht eigennützigen Zweckes zu thun war. Und so lag es denn nahe, aus dem Merkmale, das auf die schlimme Absicht eigentlich nur schliessen liess, gleich den Thatbestand selbst zu machen.

Von diesem äusserlichen Momente ward denn auch der Name genommen; denn „Mord“ bedeutet ursprünglich das Heimliche im Verfahren [46]), ohne ausschliessliche Beziehung auf die Tödtung, was der Umstand beweist, dass das Wort namentlich häufig im Zusammenhang mit der Brandstiftung vorkommt, und mit der Bezeichnung „Mordbrand“ keineswegs ein Brand gemeint ist, bei dem nothwendig Jemand um's Leben kommt, sondern ein heimlich, bei Nacht angelegtes, daher um so gefährlicheres Feuer [47]).

Das äusserliche Merkmal der Heimlichkeit erscheint denn natürlicher Weise in ältester Zeit in seiner alleräusserlichsten Form, wie es bei der gleichwohl erfolgenden Entdeckung des Verbrechens zuerst auffiel — als Verborgensein des Leichnam's. Wenn eine Person von den Angehörigen vermisst wurde, war es das Nächste, nach ihr

---

46) Grimm, Rechtsalterthümer II. S. 625. Wilda S. 708.

47) Jütisches Lov III. Buch c. 66. Irrthümlich nimmt Matthäus de crim. Lib. 48 tit. 5 c. 7 an, die ursprüngliche Bedeutung des Wortes „Mordbrand“ sei Brandstiftung mit Tödtung gewesen. Ueber die von ihm citirte L. Fris. s. Wilda S. 947. Der Morddrand war auch im ältesten Rechte kein solcher, mit dem nothwendig ein Mord = Tödtung verbunden war, sondern ein heimlicher, bei Nacht angelegter.

zu forschen. Die verborgene Leiche und mit ihr die That konnten vielleicht lange oder immer unentdeckt bleiben; das war ja der Zweck des Verbergens. Führte aber doch zuletzt irgend eine Spur darauf und fand man nun die Leiche zugedeckt, in einem Sumpfe, oder im Wasser, oder konnte man annehmen, sie sei verbrannt worden, so lag ein Mord vor, und der Thäter hatte, wenn auch er noch entdeckt wurde, dreifaches beziehungsweise neunfaches Wergeld zu zahlen [48]).

In der L. Bajuv. ist aber bereits auf die (wohl nur aus den Umständen zu entnehmende) Ausführung selbst Rücksicht genommen, indem es dort heisst: occidere furtivo modo, dem das Verbergen des Leichnams erst nachfolgt [49]). Diese Stelle spricht von einer Busse, welche ausser dem Wergelde dafür zu entrichten sei, dass der Leiche das würdige Begräbniss entzogen. Manche sind hievon ausgegangen und haben das Entscheidende für die Qualification der Tödtung als Mord in der Entziehung des ehrlichen Begräbnisses erblickt [50]). Wilda wies dagegen (a. a. O. S. 708 ff.) auf §. 3 jener Stelle des bayerischen Rechtes hin, wonach auch der ermordete Sklave mit neunfachem Wergelde gebüsst werden musste, bei ihm jedoch die Busse wegen des entzogenen Begräbnisses wegfiel, und folgerte daraus mit Recht, dass unter dem Wergelde des §. 1 jener Stelle nicht das einfache, sondern das neunfache, auf Mord stehende, zu verstehen sei. Es lässt sich auch kaum begreifen, warum die Ermordung eines Sklaven neunfache Busse zur Folge haben, dagegen der Freie mit dem einfachen, 160 sol. betragenden [51]) und ausserdem nur mit weiteren 40 sol. gebüsst werden sollte (also nur mit 20 sol. mehr als der Sklave, dessen Mord-

48) L. Sal. em. 43, 2, 3, 5. Rip. 15. Fris. 20, 2.

49) L. Bajuv. 18, 2 §. 1.

50) Jarcke, Handbuch III. 213. Temme „die Lehre von der Tödtung nach preuss. Rechte," S. 55 u. A.

51) L. Baj. III. c. 13 §. 1.

busse 180 sol. betrug). Auch das ist, wie Wilda bemerkt, nicht zu übersehen, dass der Titel, in welchem jene Stelle des bayerischen Rechtes sich befindet, nicht von der Tödtung, sondern von der Behandlung der Leichen handelt. Dem ist noch beizufügen, dass die Stelle auch nur von einem Falle spricht, in dem die Leiche wegen der Art ihrer Beiseiteschaffung gar nicht mehr gefunden werden kann — „ut cadaver reddere non quiverit" — also lediglich Indicien oder ein schliessliches Geständniss des Thäters den Ort, wo sie sich befindet, bezeichnen. Von einem Begräbnisse der Leiche konnte da freilich keine Rede mehr sein. Dagegen sprechen die anderen Rechtsquellen daneben auch von anderweitigem Verbergen der Leiche, ohne dass das schliessliche Auffinden derselben absolut ausgeschlossen wäre, so namentlich ist ein mit Aesten zugedeckter, oder im Sumpf steckender, unter Umständen auch ein in's Wasser geworfener Körper noch wohl aufzufinden, also auch nicht für alle Zeit dem Begräbnisse entzogen, und es nehmen daher auch die übrigen Rechtsquellen mit keinem Worte hierauf Bezug.

Wie bereits angegeben wurde, zeigt sich schon in dem Rechte des bayerischen Stammes, das überhaupt einen gewissen Fortschritt bekundet [52]), eine Berücksichtigung der Heimlichkeit in einem anderen Sinne, indem Bedacht genommen ist darauf, dass die Ausführung der That eine heimliche = diebische, also eine hinterlistige war. Weiterhin spricht das longobardische Recht nicht vom Verbergen des Leichnams, sondern von der heimlichen Verübung der Tödtung, gedenkt dabei auch schon des Motiv's durch ausdrückliche Erwähnung der Ausplünderung der Leiche [53]). Wie sehr man bei der heimlichen

52) Der vortretende subjektive Gesichtspunkt spricht sich aus in cap. 1 des 2. Titels, nach welchem der, welcher dem Herzoge nach dem Leben trachtet, ihm mit Leib und Gut verfällt.

53) Ed. Roth. c. 14. Vom Morde ist in diesem Edikte auch noch c. 373 die Rede; bemerkenswerth ist, dass trotzdem diese Stelle vom Grabe des Getödteten spricht.

Tödtung die gewinnsüchtige Absicht im Auge hatte, beweist von den Volksrechten noch das alamannische Gesetz [54]). Ueberhaupt findet sich die äusserliche Ausdrucksweise für das dahinter schlummernde ethische Princip nicht durchgehends; es trat dafür in manchen Rechtsquellen der reine Kern zu Tage, statt des äusseren Merkmals des verwerflichen Motiv's wurde dieses selbst oder der Mangel eines sittlich zu rechtfertigenden Motiv's genannt [55]). So im burgundischen Rechte mit den Worten: damnabili ausu aut temeritate [56]) — d. i. freventlich, „muthwillig" (nach dem Sprachgebrauche der Carolina, s. u.). Ein schuldloser Mann, der dem Thäter Nichts zu Leide gethan hat, wird um's Leben gebracht; Beweggrund kann wohl nur der Eigennutz sein; aus sittlich verwerflichem Motive — „damnabili ausu" — wird die Tödtung verübt.

Unbegreiflich ist es nun, wie Temme [57]) in dieser Stelle einen Gegensatz finden konnte, ähnlich dem von Mord und Todtschlag nach unseren heutigen Begriffen. Was sollte denn die Aufstellung einer damnabili ausu verübten Tödtung im Gegensatze zur temeritate begangenen bezwecken, da ja doch für beide eine einzige, absolute Strafe festgesetzt wäre? Noch dazu nimmt Temme an, im burgundischen Rechte sei dieser Unterschied zum ersten Male aufgetreten — also, um sofort durch gleichmässige Bestrafung beider Arten wieder verwischt zu werden! Beide Ausdrücke bezeichnen vielmehr einen einzi-

---

54) L. Alam. 49, 1.

55) Vom Motive der Gewinnsucht sprechen ausdrücklich nordische Rechtsquellen (Wilda S. 565 N. 1).

56) L. Burgund. II. 1. Sicher ist zwischen dem nach dieser Stelle todeswürdigen Verbrechen und dem in c. 2 besprochenen, mit halbem Wergelde zu büssenden Todtschlage, der mit Geyer (a. a. O. S. 90) als Excess der Nothwehr aufzufassen ist, eine mit vollem Wergelde zu büssende Tödtung — der normale Todtschlag — zu denken. (Wilda S. 564 N. 3).

57) Lehre von der Tödtung nach preuss. R. S. 56.

gen Begriff, aut ist so viel wie vel (wenn nicht gar mit manchen Handschriften et zu lesen ist).

Aehnlich bezeichnet die höhere Tödtung aus verwerflichem Motive das Dekret des fränkischen Königs Childebert II. v. J. 595 (c. 5): „ausu temerario sine causa,“ Wenn noch ein Bedenken bestehen könnte, ob nicht Temme doch Recht habe, indem er unter der temeritas des burgundischen Rechtes Mangel der Ueberlegung versteht, so wird durch die letzte Stelle gewiss aller Zweifel gehoben, sowohl durch den Beisatz sine causa, welcher deutlich auf den Mangel jeder vom Getödteten gegebenen Veranlassung hinweist, (während doch gerade die unüberlegte Tödtung meistens eine vom Gegner provocirte ist), als vor Allem durch den Umstand, dass das decr. Child. nur die temerario ausu verübte Tödtung als das todeswürdige Verbrechen nennt, also nach Temme's Erklärung die unüberlegte Tödtung allein für das schlechthin „injuste occidere“ gehalten hätte.

In der Bedeutung „ohne entschuldigende Veranlassung“ ist sine causa, wie im Dekrete Childebert's, an einer Stelle der Capitularien gebraucht, die so recht durch ihre Zusammenstellung besonders gefährlicher und verwerflicher Handlungen den Charakter des occidere sine causa veranschaulicht [58]). Uebrigens ist es nach den Capitularien auch nicht genügend, wenn der Thäter durch den Gegner zur That veranlasst wurde; nicht jeder Anlass soll entschuldigen, vielmehr ist der Fall schon ein erschwerter, mit Verbannung auf unbestimmte Zeit bedrohter, wenn Jemand ex levi causa den Anderen getödtet hat [59]). Aus den Capitularien lässt sich jedoch nicht mit Sicherheit entnehmen, ob die Bestrafung der Tödtung fort und fort je nach den Umständen der That verschieden war; sehr viele Stellen sprechen insofern dagegen, als sie die öffentliche

---

58) Karoli II. missorum capit. a. 857 c. 3 (vgl. Wilda S. 277).
59) Cap. prim. (ad leg. Sal.) a. 819 c. 7.

Bestrafung für jedes homicidium androhen [60]). Dabei ist der Charakter dieser Verordnungen der fränkischen Könige nicht zu übersehen; sie enthalten, wie Wilda sehr treffend bemerkt, „weniger eigentlich rechtliche Grundsätze und Entwickelung derselben, als polizeiliche Verfügungen und Anstalten, um der Gewalt der allgemeinen Unsicherheit Schranken zu setzen.“ Der jetzt mehr und mehr in den Vordergrund getretene öffentlich rechtliche Gesichtspunkt verfolgt lediglich den Präventions- und Sicherheitszweck. Dazu kommt noch der Einfluss der Kirche, welche in dem Vergiessen von Christenblut unter allen Umständen eine schwere Sünde erblickte. Daraus begreift sich leicht, dass die im Interesse der allgemeinen Wohlfahrt unter solchem Einflusse erlassenen Bestimmungen nicht geeignet waren, consequente Unterscheidungen zu machen, aus denen mit Sicherheit auf die damaligen Begriffe geschlossen werden könnte. Dass aber doch die alten Unterschiede aufrecht erhalten blieben, beweist namentlich das Cap. Aquisgran. a. 789 c. 65, worin den Richtern aufgetragen ist, den gegebenen Fall nach dem Gesetze zu beurtheilen und dem Verbrecher nur, wenn dieses es gestatte, die Todesstrafe zuzuerkennen. Aus den vorhergehenden Worten lässt sich aber entnehmen, dass ein Unterschied walten solle, je nachdem ultionis causa oder avaritiae vel latrocinandi causa getödtet worden war. Offenbar genügte im ersteren Falle die Zahlung des Wergeldes, welche das Capit. III. a. 813 c. 3 auf den Todtschlag setzte.

---

60) Z. B. Capit. Karol. M. et Lud. pii (Coll. ab Anseg. et B. Levit.) Lib. V. c. 193. 332. Lib. VI. c. 1 etc. Lib. VII. c. 181. Cap. I. a. 802 c. 32 u. a. Die letztere Stelle spricht die Absicht aus, den Tödtungen im Allgemeinen zu steuern. Eichhorn meint zwar, unter homic. sei das eigentliche peinliche Verbrechen im Gegensatze zum blos busswürdigen Todtschlage zu verstehen (Staats- u. Rechtsgeschichte §. 206). Aber dagegen dürfte Capit. Karol. M. et Ludov. pii Lib. V. c. 343 sprechen, wo auch die Tödtung des fur nocturnus, obwohl sie erlaubt ist, homicid. genannt wird.

Es erübrigt noch, den Thatbestand des Mordes nach angelsächsischem Rechte zu untersuchen. Wilda sagt mit Recht (S. 112), dass die angelsächsischen Volksrechte mehr die Natur von Capitularien haben; auch hier treten uns vielfach mehr polizeiliche Bestimmungen entgegen, welche in erster Linie Säuberung des Landes von gefährlichen Menschen bezwecken. Aber zum Unterschiede von den fränkischen Capitularien beschränkt sich hier, was die Tödtung betrifft, der Sicherheitszweck ganz deutlich nur auf eine bestimmte Species dieses Verbrechens, während sonst der privatrechtliche Charakter ähnlich wie in den anderen deutschen Volksrechten festgehalten ist. Mord (mordh; der Mörder: banan) ist im angelsächsischen Rechte fast durchgängig im Zusammenhange mit besonders verwerflichen, verächtlichen, ehrlosen Handlungen genannt, so namentlich mit Hexerei, Wahrsagerei, Meineid, Hurerei, Zauberei [61]); mit Hausfriedensbruch, Brandstiftung, Diebstahl, Raub, Verrätherei, Kirchen- und Königsfriedensbruch etc. [62]). Zugleich wird der Mörder aber auch zu denjenigen Verbrechern gezählt, welche die Sicherheit besonders gefährden, von denen namentlich das Land gereinigt werden müsse [63]), woraus recht deutlich hervorgeht, dass sich die Anwendung des Sicherheitsprincips besonders gegen diese Verbrechersorte richtete. Endlich wird der Mord zu den unsühnbaren, todeswürdigen Verbrechen gerechnet [64]), während auf den Todtschlag nur Wergeld oder im Falle der Zahlungsweigerung Friedlosigkeit steht. Wenn somit auch die Gesetze sich lange Zeit über den Begriff des Mor-

---

61) Edward u. Guthrun c. 11. Aethelstan c. 6. Knut (weltl. Ges.) c. 4.

62) Knut (weltl. Ges.) c. 64. Leg. Henr. I. c. 12 c. 64 §. 2 Anhang XIII. (bei Reinh. Schmid). Leg. Edwardi confess. c. 18 §. 2 etc.

63) Edward u. Guthr. c. 11 cit. Knut c. 4 cit.

64) Aethelstan c. 6. Leg. Henr. I. c. 12 §. 1 c. 68 § 1 (wo es heisst, dass es Tödtungen gibt, die nicht mit Wergeld gebüsst werden können).

des nicht aussprechen, so lässt sich doch aus diesen Umständen schliessen, dass zu seinem Thatbestande eine besonders niedrige, gemeine Gesinnung des Thäters, und eine hinterlistige Ausführung der That gehörte, endlich dass damit eine gemeingefährliche, gewissermassen eine gewerbsmässige verbrecherische Thätigkeit, so zu sagen eine Landplage gemeint war, und es ergibt sich hieraus auf einem anderen Wege der nemliche Begriff, der in den anderen deutschen Rechtsquellen gefunden wurde, wonach der Mord die aus verwerflichem Beweggrunde begangene, von Seite des Opfers in keiner Weise veranlasste Tödtung ist, wobei es also dem Thäter nicht um die Vernichtung gerade dieses Individuums, sondern um die Befriedigung eines von diesem ganz unabhängigen subjektiven Verlangens zu thun war. Hiezu passt es nun ganz und gar, wenn so ziemlich am Schlusse der Reihe angelsächsischer Gesetze berichtet wird: dass in älterer Zeit der Getödtete dann ein Ermordeter hiess, wenn der Thäter unbekannt war, ferner, dass ein Mord vorhanden war, wenn die Leiche verborgen oder unkenntlich gemacht worden war [65].

Wir erfahren aus dieser späteren Mittheilung für die frühere Zeit, dass auch bei den Angelsachsen der Name für diese Species besonders verwerflicher Tödtung von der naturgemäss damit zusammenhängenden Heimlichkeit des Verfahrens genommen wurde.

Dem gegenüber ist es auf den ersten Blick auffallend, dass der Mord mitunter ein „offener“ genannt wird [66]; hieran anknüpfend hat Reinhold Schmid (im Glossar s. v. mordh) dem Gedanken Raum gegeben, es liesse sich damit doch schwer der Begriff einer heimlichen Tödtung verbinden, so dass man, wenn man den Zusammenhang, in welchem jenes Verbrechen gewöhnlich steht, und weiter Das berücksichtigt, das unter Umständen der Bischof das Urtheil zu sprechen hatte, glauben möchte, es handle sich

---

65) Henr. I. c. 92 §§. 5. 19. L. Edwardi confessoris c. 15.

66) Knut (weltl. Ges.) c. 56. 64.

gar nicht um gewöhnliche Tödtung, sondern um Giftmischerei. Schmid gibt jedoch zu, dass späterhin, wie die cit. Stellen aus Heinrich I. Gesetzen beweisen, die Beschränkung auf veneficium nicht mehr existirt habe, ferner dass sich die Worte open und aêbere leicht mit dem Begriffe der Heimlichkeit verbinden lassen, da sie sich nicht auf die Ausführung, sondern auf den nachfolgenden Beweis der That beziehen und, wie sich aus Knut c. 56 ergibt, den Gegensatz zur Inzicht bilden. Dass Letzteres vollkommen richtig ist, bezeugt die Wiedergabe jener angelsächsischen Wörter im lateinischen Texte, so Knut c. 82 mit probatus; Wilhelm III. 12 mit quae negari non poterit. Anderseits hat Schmid auch wohl Recht, wenn er als die frühere Bedeutung des Wortes mordh Giftmischerei annimmt. Ja es scheint sogar, als ob ursprünglich zum Thatbestande des Mordes der tödtliche Erfolg gar nicht erfordert worden wäre, so dass gegen Die, welche überhaupt mit solchen Beschäftigungen, wie Zauberei, Hexerei, Giftmischerei sich abgaben, selbst wenn sie noch kein unheilbares Uebel angerichtet hatten, ob ihrer Gefährlichkeit eingeschritten wurde. Denn in c. 11 der Gesetze Edward's und Guthrun's heisst es (nach Schmid's Uebersetzung): Wenn Hexen — — — oder Mörder irgendwo im Lande betroffen werden, jage man sie aus dem Lande und reinige das Volk, oder vernichte sie gänzlich im Lande, ausser wenn sie abstehen und strenge büssen.“ Hier ist also eine Sühne noch möglich. Dagegen sagt c. 6 der Verordnungen Aethelstan's: „und wir beschlossen über Hexereien und über Zaubereien und über Mordthaten, dass, wenn jemand dadurch getödtet würde und er sich nicht reinigen kann, er sein Leben verwirkt haben soll.“ Diese Stelle, welche die Todesstrafe festsetzt für den Fall, dass solche Handlungen einen tödtlichen Ausgang haben, scheint ausser Zweifel zu setzen, dass in der vorigen Stelle, wo Busse zugelassen ist, an Fälle gedacht ist, in denen ein solcher Erfolg nicht herbeigeführt wurde. Da nun in der Eingebung

von Gift so recht ein hinterlistiges, heimliches Vorgehen liegt, lässt es sich wohl denken, dass ursprünglich die heimliche Tödtung hauptsächlich in dieser Form auftrat oder doch so am verwerflichsten erschien, wegen der Gefährlichkeit aber schon blosse Vorbereitungshandlungen genügten, um den Giftmischer, wenn er nicht abstand, d. h. wenn nicht Besserung von ihm zu erwarten war, zu vertilgen. Sicher blieb es aber nicht lange bei dieser einseitigen Berücksichtigung des Giftmordes; die Ausdehnung des Mordbegriffes auf andere Fälle heimlicher Tödtung, zugleich die Beschränkung auf vollbrachte Tödtung zeigt sich in der ganzen Ausdrucksweise der späteren Gesetze; z. B. Knut (weltl. Ges.) c. 5: „wer Mordthaten begeht auf irgend eine Weise;“ c. 56: „wenn ein offener Mord geschieht, so dass Jemand ermordet wird.“

Die Heimlichkeit der Tödtung wird im angelsächsischen Rechte in zweifacher Form in Berücksichtigung gezogen — ausser dem Verbergen des Leichnam's ist hier auch das Verschweigen der That, die vorläufige Unbekanntschaft des Thäters ein Merkmal des Mordes [67]. Man sieht hieraus abermals, dass die germanische Anschauungsweise sich nicht auf das objektive Moment der Begräbnissentziehung beschränkte, sondern wirklich in dem subjektiven Verhalten den Erschwerungsgrund fand, so dass man, um diesen festzustellen, auch nur wieder von der subjektiven Seite, von der Gesinnung des Thäters ausgehen kann.

Im Allgemeinen hat der hergebrachte Begriff des Mordes sicher auch zur Zeit Heinrichs I. noch gegolten; denn der Beisatz in c. 92 §. 5 der angeblichen Gesetze dieses Königs, wonach nunmehr auch ein Mord vorhanden sei, wenn der an sich bekannte Thäter nicht binnen sieben Tagen gefunden werde, bezieht sich lediglich auf eine specielle, seit der Eroberung England's durch die Normannen geltende Vorschrift [68], dahin lautend, dass eine

67) L. Edw. conf. c. 15.

68) Siehe hierüber die bei Wilda S. 710 N. 1 cit. Stellen.

Hundertschaft, deren Angehöriger einen Normannen erschlagen hat und flüchtig ist, für diesen zu haften habe, wenn nur sieben Tage vergangen seien, ohne dass man des Thäters habhaft geworden, und will somit nichts Anderes sagen, als, dass in solchem Falle der Thäter hinsichtlich dieser besonderen Haftpflicht schon nach Ablauf jener kurzen Zeit als ein unbekannter betrachtet wurde.

§. 6.

Die Reichsgesetzgebung des Mittelalters.

Wenn oben behauptet wurde, dass die Capitularien der fränkischen Könige einen mehr polizeilichen, als strafrechtlichen Charakter an sich tragen, und dass die Bedrohung der Verbrechen mit Strafen dortselbst in erster Linie als Sorge für Aufrechthaltung der durch sie gefährdeten öffentlichen Ruhe und Sicherheit erscheine, also Prävention und Sicherung zum Ziele habe, so ist Dasselbe in noch höherem Grade bei den sich daran anschliessenden, nach dem Rathe der Reichsstände auf den Reichstagen verfassten Gesetzen der Fall. Die öffentliche Gewalt war lange nicht mächtig genug, den Verletzten stets Recht zu verschaffen; somit war die Ausübung der Selbsthilfe unumgänglich nothwendig und zahlreiche gegenseitige Fehden innerhalb ganzer Familien untergruben den gemeinen Frieden. Hier Abhilfe zu schaffen, der allgemeinen Unbotmässigkeit Schranken anzulegen, war der Gegenstand mannigfaltiger Versuche und beschäftigte die Reichsgewalt im Innern vollauf. So ward denn die eigentliche Strafgesetzgebung mehr und mehr decentralisirt, die einzelnen Territorien waren darauf angewiesen, sich derselben, so weit ihr Bedürfniss sie erheischte, selbst anzunehmen. Dagegen hatten die Reichsgesetze die allgemeinere Bedeutung, den Frieden im Ganzen und Grossen aufrecht zu erhalten, und betrafen die Verbrechen nicht als ideale Verletzung eines höheren, allgemeinen Willens, sondern hinsichtlich ihres Erfolges als verschiedene Formen des Landfriedensbruchs,

als äusserliche Schadensanrichtung durch Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. (Ihre Vorschriften galten auch nur immer für die Zeit, auf welche der Friede beschworen war, was die stete Beifügung der Worte „infra pacem“ und ähnliches beweist). Es handelte sich daher bei der Aufstellung der Strafen um Vertheidigung und Abschreckung; durch diesen von der Nothwendigkeit aufgedrungenen Zweck ergab sich von selbst die allmähliche Umwandlung der Privatbussen in öffentliche Strafen, ein Fortschritt, der allerdings zum Theile auch dem zunehmenden Einflusse der Kirche zu danken ist, also der ethischen Grundlage nicht völlig entbehrt. Ferner brachte der Zweck jener Landfriedensgesetzgebung eine strenge Scheidung absichtlicher und zufälliger Handlungen mit sich. Denn so wenig als es auf Ausgleichung zwischen dem objectiven Rechte und der demselben zugefügten Verletzung ankam, — der blosse Ersatz eines materiellen privaten Schadens war noch viel weniger beabsichtigt. Gerade der Wille des Verbrechers war es, dem durch die Aufstellung strenger Strafen ein Zwang angethan werden sollte, und so war von selbst die willenlose That vom Bereiche dieser Gesetzgebung ausgeschlossen. Dagegen waren natürlich feinere Distinktionen innerhalb der mit Bewusstsein und Willen begangenen Delikte nicht zu erwarten; es genügte hier, an die herbeigebrachten Grundsätze anzuknüpfen und volksthümliche Unterscheidungen zu bestätigen. Meistens wird die Tödtung schlechthin genannt, ohne dass irgend ein Charaktermerkmal beigesetzt wäre; so ist denn anzunehmen, dass darunter der hergebrachte kein erschwerendes Moment an sich tragende Begriff des Todtschlags zu verstehen sei. Bedroht ist derselbe mit verschiedenen, jedoch stets öffentlichrechtlichen Folgen, so mit Verbannung [1]), mit Ehr- und Rechtlosigkeit [2]), mit

---

1) L. Henr. IV. a. 1085. (Perts IV. p. 55).

2) Const. pac. Frid. II. a. 1235 c. 4. (Pertz p. 313). Rudolfi I. const. pac. a. 1287 c. 11. (P. p. 448).

dem Tode [3]). Jede Selbsthilfe ist, so lange noch von den Gerichten Schutz zu erwarten ist, positiv untersagt, und nur Derjenige soll sich der Strafe entziehen können, der beweist, dass er den Angreifer in Vertheidigung seines eigenen Lebens oder Gutes sofort und unmittelbar erschlagen habe [4]).

Neben der einfachen Tödtung ist der Mord als „heimliche" Entleibung ausdrücklich aufgeführt und mit Strafe des Rades bedroht [5]). Erweitert ist der Begriff „Mord" durch Ausdehnung auf die Tödtung mit unehrlicher Waffe, als welche das Messer galt [6]); dadurch erhält derselbe nun auch die Bedeutung einer verrätherischen Tödtung, da die Beibringung eines Stiches mittels Messers, also eines Werkzeuges, das der streitbare Deutsche nicht gewöhnlich führte und auch nicht in offenem Kampfe gebrauchte, als ein feiges, hinterlistiges Ueberfallen betrachtet wurde [7]). (Zugleich findet sich eine ausdrückliche Betonung des gewinnsüchtigen Motiv's; alle auf eine Person wegen ihres Geldes gemachten Angriffe werden mit Blendung, beziehungsweise Verlust der Hand bestraft [8])). Uebrigens ist in der Folge der Sprachgebrauch der Reichsgesetze kein genauer; sie führen unter den mit Acht bedrohten Friedensbrüchen abwechselnd Mord und Todtschlag auf, ohne an diese Bezeichnungen irgend eine Unterscheidung zu knüpfen [9]).

---

3) Henr. VI. treuga a. 1230 c. 4 (Pertz p. 267). Frid. I. const. de pac ten. a. 1156 c. 1. (Pertz p. 101).

4) Frid. II. const. pac. a. 1235 c. 5 Frid. I. const. de pace tenenda a. 1156 c. 1. (Pertz p. 313. 101).

5) Henr. VI. treuga a. 1230 c. 8. (Pertz p. 267).

6) Eod. c. 10.

7) So auch in den nordischen Rechten, s. Wilda S. 567 N. 3.

8) Henr. IV. Const. pac. gen. a. 1103. (Pertz IV. p. 60).

9) Wenzeslaus Landfried. 1383. (Neue Samml. der Reichsabschiede I. S. 88). Maximil. I. Reichsabschied v. 1512 IV. § 6 (a. a. O. II. S. 142), wörtlich wiederholt in Karl V. Landfrieden v. 1521 VII. §. 8. (Des Zusammenhanges wegen werden diese beiden späteren Reichsgesetze gleich hier angeführt).

Dies begreift sich sehr wohl; der Reichsgesetzgebung war es vor der Carolina nur darum zu thun, das Reich von allen Friedensbrechern zu säubern; die eigentliche Strafgesetzgebung lag jetzt ganz in der Hand der einzelnen Territorien.

§. 7.

Die Rechtsbücher, die Land- und Stadtrechte, sowie das Gewohnheitsrecht dieses Zeitraum's.

Der Fortschritt, welcher in der öffentlichen Bestrafung der Tödtung nach den Vorschriften der Capitularien und der Reichsgesetze lag, war ein so wesentlicher, dass die frühesten Territorialrechte bereits einen nicht wohl zu verlassenden Boden vorfanden. Freilich war damit die Ledigung durch Wergeldzahlung nicht völlig ausgeschlossen; aber, soweit sie in der Folge überhaupt noch vorkommt, ist sie in enge Schranken getreten, und jedenfalls genügt sie nie mehr in den Fällen höherer Tödtung. Damit hörten natürlich auch die Abstufungen innerhalb der Busssätze je nach der objektiven Schwere der Tödtung auf. Die eine That nach den Volksrechten qualificirenden Momente geben jetzt, soweit sie überhaupt noch Bedeutung haben, den Ausschlag dahin, ob Busszahlung genügen oder öffentliche Strafe eintreten, beziehungsweise welche öffentliche Strafe Platz greifen soll. Eine weitere Veränderung gegenüber dem älteren Rechte zeigt sich darin, dass der Name Mord, früher für eine ganz specifische Art der Verübung einer Tödtung gebraucht, jetzt eine viel allgemeinere Bedeutung erhalten hat, dass, soweit überhaupt hinsichtlich der Strafbarkeit eine Abstufung existirte [1]), jener Name im Gegensatze zum Todtschlage nun-

1) Was lange nicht überall der Fall war; ohne Unterscheidung ist mit öffentlicher Strafe die Tödtung bedroht z. B.: im Stadtrechte von Magdeburg-Halle; von Wien (1221), Eisenach (1283), Colmar (1293), Bern (1218), Freiburg (1249), Hainburg (13. Jhd.), Ulm (1296), Soest (11. 12. 13. Jhd.), Lüneburg (1247), München (1347), Hagenau (1164) etc.

mehr die einzige qualificirte Tödtung bezeichnete, mitunter alle die früher davon ausgeschiedenen Fälle höherer Tödtung umfasste, endlich dass er häufig für das Verbrechen der Tödtung überhaupt, ohne dass er ein erschwerendes Moment andeutete, gebraucht ist. Merkwürdiger Weise kommt er in diesem allgemeinsten Sinne bisweilen neben seiner engeren Bedeutung vor [2]).

Eine Definition des Mordes im eigentlichen Sinne gibt (abgesehen von den süddeutschen Rechtsquellen, deren Besonderheiten im folgenden Paragraphen zur Sprache kommen sollen) zuerst die Glosse zum Sachsenspiegel (II. 13 §. 4): Etzlicher töt den andern umb sein gut von geratem mut, daz seint morder und von den sagt er hie. (Die Worte lauten ursprünglich nur: Ethlike dodet den anderen umme syn dingk. Dith sind morder, von den sedt he hie.) Wenn auch das frühere Recht den letzten Grund der Qualification des Mordes im verwerflichen Motive erblickte, so kam derselbe doch in der Mehrzahl der älteren Quellen nicht eigentlich zum Ausdrucke; er muss vielmehr als schlummernd unter der rein äusserlichen Charakterisirung der That gedacht werden. Gewissermassen instinktiv fühlte man von alter Zeit her, dass hinter einer heimlichen Verübung ein böses Gewissen des Thäters, daher ein schlimmer Zweck stecken müsse. Nur ganz spärlich wird in der vorigen Periode dieser innere Grund selbst angedeutet. Aber nach und nach musste derselbe an der Hand der fortschreitenden Culturentwicklung immer mehr in das Bewusstsein treten, zugleich auch diese rein äusserliche Charakterisirung als unpraktisch und unzureichend erscheinen.

2) Vgl. im Hamburger Stadtrechte von 1270 XII. Art. 9 mit Art. 7; im ersteren bedeutet mort allgemein die Verantwortlichkeit für den tödtlichen Ausgang. Ferner im Rechtsbuche nach Distinktionen Lib. IV. cap. 6 dist. 7 mit cap. 13 dist. 1. Ausserdem siehe Prager Statutarrecht (Mord und Todtschlag ohne Unterscheidung genannt) Weisthümer von Bacharach 1407 und Leudesdorf 1382 (Grimm II. 217; I. 832).

Wir dürfen daher die Begriffsbestimmungen der Glosse unbedingt mit Wilda [3]) als eine ganz auf germanischer Grundlage beruhende betrachten, ja auch ohne Bedenken in ihr die damals herrschende Anschauung erblicken, dahin gehend: Mord sei die in eigennütziger Absicht begangene Tödtung. Man hat nun aber in den Worten „von geraten mut" bald wirklich das Merkmal des „Vorbedachtes" gesehen [4]), bald wenigstens dieselben für den Uebergang zu der, später hauptsächlich im Ofener Stadtrechte von 1421 aufgestellten, auf das Moment des Vorbedachtes gebauten Unterscheidung gehalten [5]). Damit wäre freilich der Classification, wie sie die Glosse gibt, der echt germanische Charakter entzogen; denn im Ofener Rechte ist aller Nachdruck auf die der Ausführung vorangehende längere Ueberlegung, zugleich auf eine bestehende alte Feindschaft als die Quelle des Vorsatzes gelegt. Nicht nur ist dort die Rücksicht auf das Motiv vollständig aufgegeben; es ist sogar der Thatbestand des Mordes abhängig gemacht von einem Momente, welches nach germanischen Grundsätzen denselben in den meisten Fällen (wenn nemlich nicht andere erschwerende Momente dazu kamen) ausschloss — von einer causa vindicandi [6]). Den Gegensatz des Mordes bildet nach dem Rechte von Ofen ein Todtschlag bei Gelegenheit eines Raufhandels. Dagegen betont die Glosse bei der Begriffsbestimmung des Mordes vor Allem das Motiv der Gewinnsucht, und verlangt für den Thatbestand des Todtschlags keineswegs, dass die Ausführung eine rasche, unbesonnene, vielmehr nur, dass ihr Motiv Zorn oder Unfriede war, ja der Gebrauch des Wortes unvride

3) a. a. O. S. 711 N. 5.

4) Zöpfl „das alte Bambergerrecht als Quelle der CCC. 1839 (in dem als Einleitung vorausgeschickten „System"). Birnbaum, Neues Archiv f. Cr.-R. 1832 S. 249 u. A.

5) Hälschner, System Bd. III. S. 44.

6) Vgl. Art. 526 des unten zu besprechenden Brünner Schöffenbuchs.

führt sogar zur Annahme einer vorgängigen Fehde, eines zwischen beiden Parteien seit längerer Zeit bestehenden feindseligen Verhältnisses, somit eher zu dem Thatbestande, der nach dem Ofener Rechte unter den Begriff Mord fällt [7]). Wesentlich für die Erklärung der Worte mit geraten mut ist nun die hergebrachte, im Mittelalter noch lange Zeit herrschende Auffassung der zum Begriffe Todtschlag erforderlichen Absicht. Diese brauchte, wie früher, nicht bestimmt auf den tödtlichen Ausgang der zugefügten Verletzung gerichtet zu sein, wenn nur letztere oder überhaupt eine Verletzung gewollt war. So wenig ein bestimmter animus occidendi den Thatbestand des Todtschlags, wenn sonst dessen Voraussetzungen gegeben, aufhob, eben sowenig musste derselbe vorhanden sein; mit anderen Worten: Ausser der, nicht den Charakter des Mordes an sich tragenden, vorsätzlichen Tödtung fiel unter den Begriff Todtschlag auch unsere s. g. culpa dolo determinata. Dies beweist die Fassung der meisten Stellen, welche vom einfachen Todtschlage handeln. So spricht z. B. das von den Schöffen in Magdeburg 1304 der Stadt Görlitz mitgetheilte Recht [8]) von gegenseitigen Verwundungen und macht die Entscheidung zu Gunsten des Einen oder Anderen vom Kampfe abhängig; jedoch: „Stirbet der eine e der kamph gelobet sie, iz get deme anderen an den hals.“ Also der rein zufällig eintretende Tod des Einen macht den Anderen des Todtschlags schuldig. (Denn die blosse Verwundung ist nur mit dem Verluste der Hand bedroht.) Ferner sagt die älteste Verfassungsurkunde von Freiburg 1120 [9]): Si quis irato animo — — aliquem volneraverit — — — manu truncabitur. Si vero volneratus morietur, idem malefactor

---

7) Die Classification, wie sie das Ofener Recht enthält, entstand offenbar unter dem Einflusse der von den Glossatoren und von den italienischen Praktikern vertretenen Auffassung des römischen Rechtes, s. u.

8) Gaupp: Deutsche Stadtrechte etc. S. 269 Art. 29.

9) Herausgegeben von Dr. H. Schreiber 1833 S. 31.

decollabitur. Aehnlich: Neue Verfassungsurkunde von Freiburg 1293 [10]): Ist daz ieman den anderen — — — wundet — — man sol im dü hant abe slahen, sleht er in ze tode, ez gat im an das hovbet [11]).

Wenn also nur zwischen der absichtlich zugefügten Verletzung und dem tödtlichen Ausgange ein Causalzusammenhang bestand, genügte es, um den Thäter des Todtschlags schuldig zu machen. Anderseits versteht es sich von selbst, dass die Verübung einer Tödtung, wobei als Zweck die Befriedigung eines gemeinen subjektiven Gelüstes, des Verlangens nach einem materiellen Vortheile gesetzt ist, fast unter allen Umständen bedacht und geplant ist, dass somit in solchem Falle der bestimmte Vorsatz, zu tödten, und der Vorbedacht zusammenfallen. Während also sonst dem damaligen Rechte der direkte animus occidendi vollständig gleichgiltig war, wenn er nicht einem verwerflichen Motive entsprang, erschien er da, wo er überhaupt beachtet wurde und unerlässlich war, zugleich als ein vorbedachter, und es begreift sich daher sehr wohl, dass die Glosse neben dem Motive noch die gewöhnliche, ja fast einzige Erscheinungsform einer solchen Tödtung in die Begriffsbestimmung des Mordes aufnahm. Dadurch ist aber nur gesagt, dass die Tödtung um materiellen Vortheiles willen mit berathenem Muthe geschehe, nicht aber, dass jede vorbedachte Tödtung ein Mord sei. Eine solche wird erst dann ein Mord, wenn hinzukömmt, dass der Thäter aus Gewinnsucht handelte; sie fiel daher sicher dann, wenn diesen z. B. Rache wegen thatsächlicher Verletzung oder Aehnliches trieb, unter den Todtschlag [12]).

---

10) Urkundenbuch der Stadt Freiburg im Br. 1828. 1829. Von Dr. H. Schreiber. S. 126.

11) Vgl. u. A. noch: Rechte von Medebach in Westphalen (Grimm, Weisthümer III. 73).

12) Gleichfalls auf das Motiv legen für die Erklärung der Glosse das Gewicht: Osenbrüggen, Beiträge zur Strafrechtsgeschichte der deutschen Schweiz S. 13. Stockar, „die Lehre von der Tödtung nach dem Züricher Richtebriefe."

Freilich dürfen wir die Worte „um gut“ nicht zu enge auffassen; sie sind eben ein Beispiel all' der Fälle, in welchen der Thäter die Quelle seiner Handlungsweise ausschliesslich in sich trägt, und von der anderen Seite nicht durch vorgängige Verletzung oder Kränkung zur That getrieben wurde. Purer Hass gegen einen Menschen, dessen ferneres Leben der Erreichung eines anderen Vortheiles im Wege stand, mag wohl auch als ein die Tödtung zum Morde qualificirendes Moment betrachtet worden sein. Hiefür sprechen namentlich die Bestimmungen des Brünner Schöffenbuchs v. J. 1343 [13]). Auch dieses versteht unter Mord zunächst die Tödtung aus Gewinnsucht: A. 522. — — — Mortificatio in hoc praecipue differt a homicidio, quod annexum sibi habet spolium, vulgariter dictum reraup. Unde mortificator dicitur, qui postquam alium occidit, res ab eo aufert. — — Todtschlag dagegen ist in althergebrachter Weise die Tödtung zum Zwecke der Rache: Sed homicidium dicitur, qui ex ira ratione vindictae de vili pensione sumenda vel ex contentione in taberna vel alibi facta cum alio pugnans ipsum interficit. Daneben aber unterscheidet das Schöffenbuch in gleichfalls urgermanischer Weise zwischen offenem Angriffe und hinterlistigem Ueberfalle: Mortificator etiam ex consequenti dicitur, qui dormientem, vel in lecto quiescentem, vel in mensa comedentem vel in balneo existentem interimit. Item hospes etiam inquilinum et advena hospitem pro rebus auferendis jugulans mortificator dici potest. Hier ist die Tödtung Wehr- und Argloser auch unter den Begriff Mord gezogen, immer wieder jedoch mit dem Gesichtspunkte der hinterlistigen Ausführung der des verwerflichen Motivs vermischt. Es geht aber aus dieser Stelle auch noch die für die richtige Auffassung des Todtschlags wichtige Consequenz hervor, dass die Verübung desselben immer noch eine offene sein musste, insoferne der Getödtete unter allen Umständen nicht angegriffen sein durfte, ohne dass er aus irgend einem

---

13) Rössler: Stadtrechte von Brünn 1852.

Grunde gefasst darauf war. So oft nun den Thäter ein lediglich in ihm gelegenes Motiv anspornte, verfiel ihm der Andere, ohne es vorauszusehen; nicht so, wenn zwischen Beiden ein feindseliges Verhältniss waltete. So fallen in gewisser Beziehung die beiden Gesichtspunkte zusammen und es sind im Art. 376 des Brünner Schöffenbuchs unter der causa honesta, deren Bestehen sogar Nachlass der Todesstrafe zur Folge haben kann, Fälle einer manifesta inimicitia zu verstehen, welche gemäss Art. 526 den Thatbestand des Mordes desshalb ausschliesst, weil „Jeder sich vor den Nachstellungen seines Feindes zu sichern hat." Die zwischen beiden Parteien — den Verwandten des durch Jakobus umgekommenen Leo einerseits und dem Jakobus anderseits — seit längerer Zeit bestehende Feindschaft gestaltet sich bei passender Gelegenheit zur Blutrache; das Motiv an sich ist schon ein solches, welches die That in einem milderen Lichte erscheinen lässt; weil es aber seine Quelle nicht lediglich im Thäter hat, sondern in einem vom Erschlagenen herbeigeführten, ihm also nothwendig bekannten Verhältnisse, kam der Angriff nicht unerwartet. Und so ist die causa honesta zugleich eine manifesta, eine solche Tödtung steht nicht in gleicher Linie mit der Handlungsweise derjenigen Menschen, welche „ex intima cordis malitia peccantes hominibus mortem inferunt" und daher schlechte Menschen im ausgezeichneten Sinne genannt werden. Zu diesen zählt aber ausser dem Raubmörder u. A. auch ein Solcher, der den Anderen lediglich desshalb aus dem Wege räumt, weil dieser, ohne es zu wissen, in der Verfolgung eigennütziger Absichten mit ihm concurrirt und daher einen geheimen, tödtlichen Hass in Jenem erzeugt hat. Von einem derartigen Falle spricht Art. 540; er meint zwar zunächst einen thätlichen Angriff ohne schwere Folge [14]), enthält aber ein so festes Princip, dass die Ausdehnung auf die Tödtung gewiss berechtigt

---

14) Dessen Veranlassung der Umstand ist, dass Beide in der Benützung Einer Concubine concurriren.

ist. Denn in deutlichem Gegensatze zu Art. 526 heisst es hier: ignota inimicitia vix vel nunquam caveri potest, cognita autem caveri potest; wie also dort die causa honesta und manifesta den Begriff der mortificatio ausschliesst, so macht das Fehlen der causa hier den Thäter zu einem insidiator, seine Handlung entspringt ex malo proposito und dies ist sicher das Nemliche wie die intima cordis malitia [15]).

Im Principe stimmen also die Glosse zum sächsischen Landrechte und das Brünner Schöffenbuch vollkommen überein; um so berechtigter dürfte die Annahme sein, dass dieses Princip das im Volke herrschende war und in allen anderen Rechtsquellen, in denen auf eine ähnliche Weise wie im Sachsenspiegel unterschieden wird, der Unterscheidung zu Grunde lag. Man bemerkt nemlich häufig ein enges Anschliessen namentlich der norddeutschen Quellen an das sächsische Recht; die Zusammenstellung von Mord, Kirchenraub, Mordbrand u. a. finden sich vielfach in den anderen Rechtsbüchern und in den Stadtrechten fast wörtlich wiederholt [16]). Aber auch abgesehen davon dürfte die Erklärung, welche die Glosse zu der einschlägigen Bestimmung des Sachsenspiegels gibt, zu Hilfe zu nehmen sein bei Auslegung aller übrigen Quellen jener Zeit, welche den Unterschied zwischen Mord und Todtschlag festhalten, ohne diese Begriffe zu definiren [17]).

---

15) Einen Fall von Tödtung nach vorausgegangener offenkundiger Feindschaft bespricht Osenbrüggen (Alamann. Strafrecht S. 219. 220). Es ist aber nicht nöthig, mit Osenbr. zu sagen, massgebend sei gewesen, dass zwischen den Rebstöcken und denen von Rossheim kein Treueband bestand; massgebend war vielmehr allein die positiv bestehende manifesta inimicitia wegen einer honesta causa.

16) So im St.-R. von Hamburg 1270 VI. 6 XII. 7; von Bremen 1303 c. 76; im Rechtsbuch nach Distinktionen IV. c. 13 dist. 1; im sächs. Weichbild A. 201; in den Goslarer Statuten A. 38; im Glogauer Rechtsbuch (Wasserschleben, Samml. deutsch. R.-Qu. I.) c. 538; im Spiegel deutscher Leute A. 110; im Schwabenspiegel A. 174 etc.

17) Dies ist noch der Fall u. A. im Weisthum v. Saarbrücken

Es ist natürlich nur eine Consequenz von Zöpfl's Auffassung der Glosse [18]), wenn dieser Schriftsteller auch im Bamberger Stadtrechte die Unterscheidung zwischen Tödtung mit Vorbedacht und Tödtung aus Jähheit und Zorn erblickt. Von dem Standpunkte der hier vertretenen Ansicht aus muss auch für das Bamberger Recht der Gedanke daran, dass diese Merkmale eine Bedeutung hatten, aufgegeben werden. Ein Beweis für die Berücksichtigung des Affektes kann nicht, wie Zöpfl meint, aus dem §. 119 dieses Stadtrechtes entnommen werden; denn wenn diese Stelle Denjenigen, der im Zorne dem Büttel das Pfand entrissen hat, von der Strafe, die ihn eigentlich hiefür träfe, befreit, im Falle dass er sich eines Besseren besinnt und den Gegenstand wieder zurückgeben will, so liegt doch der Nachdruck einzig auf dem Umstande der thätigen Reue und nicht auf der Beschaffenheit der Gemüthsstimmung, in der sich der Schuldner befand, als er den Gegenstand wegnahm.

Für unsere Auffassung des mittelalterlichen Mordbegriffes spricht noch ein weiterer, wichtiger Umstand. Es wurde bereits auf das häufige Zusammenstellen der Mörder mit anderen schweren Verbrechern hingewiesen; die dort neben einander genannten Verbrechen kommen alle in der ausgesuchten Niedrigkeit der Gesinnung überein, indem deren Vollführung niemals eine sittlich zu rechtfertigende Befriedigung verschafft. Es ist in jenen Bestimmungen auf die Schaffung eines Aequivalents für den entehrenden Charakter der subjektiven Handlungsweise abgesehen und die-

1321 (Grimm II. 6) Mord und Todtschlag sind dort todeswürdig; die Strafe soll sich nach der Gewohnheit richten. Rheingauer Landrecht (Grimm Weisth. I. 371) c. 59. 69. Stadtrechte von Regensburg 1320 und Memmingen 1396 (Freyberg, Sammlung histor. Schriften etc. Bd. V. S. 7. 253). Asegabuch (herausgegeb. v. Wiarda) I. §. 16. In den friesischen Rechten hat auch der Gebrauch eines verrätherischen Werkzeugs noch Bedeutung, z. B. Fivelgoer Küren §. 18 (Richthofen, fries. R.-Qu. S. 284).

18) s. N. 4.

ses wird gefunden in der allen gemeinsamen entehrenden Strafe [19]). Von grösserer Bedeutung ist aber die Aufzählung des Mordes unter einer gewissen Kategorie nicht gleichmässig bestrafter, aber gleich gefährlicher Handlungen. Dabei ist stets das Sicherheitsprincip in den Vordergrund gestellt, der Zweck, schädliche Leute aus dem Wege zu schaffen, deren längeres Verweilen unter der menschlichen Gesellschaft stete Gefährdung der öffentlichen Ruhe und pestartige Ansteckung befürchten liesse. Aus dieser Art der Zusammenstellung ist mit Sicherheit zu schliessen, dass im Mittelalter das Merkmal des Vorbedachtes keine Bedeutung hatte. Der Vorbedacht oder die Ueberlegung ist die Vermittelung zwischen Absicht und Entschluss mittels Abwägens des Für und Wider. Der Gegensatz liegt in der Uebereilung, wobei es an einer solchen Vermittlung gebricht. Wenn also die damaligen Rechtsquellen das Entscheidende in dem Vorbedachte gesehen hätten, so würden sie durch Aufzählung des Mordes in der Reihe der besonders „schädlichen" Leute ausgesprochen haben, dass, wer längere Zeit dazu brauche, um den verbrecherischen Entschluss zu fassen, wer das Dafür- und das Dawidersprechende mit gleicher Sorgfalt prüft, ein der Gesellschaft weit gefährlicheres Subjekt sei, als der, welcher sich rasch durch irgend eine Veranlassung zum Entschlusse hinreissen lässt. Diese Auffassung kann man dem Volke, aus dessen Rechtsleben doch die Gesetze zu der Zeit erwuchsen, als es noch von keiner Doktrin geleitet war, also gewiss nur das Praktische, anerkannt Nützliche wollte und festsetzte, sicher nicht zutrauen.

Es gilt hier vielmehr Dasjenige, was v. Holtzendorff bezüglich des die Todesstrafe keineswegs rechtfertigenden Sicherheitsprincips sagt [20]): „Dabei wird regelmässig die eigenthümliche Natur derjenigen Motive übersehen,

---

19) Das Stadtrecht von Winterthur 1264 — Gaupp, deutsche Stadtrechte I. 137 — nennt den „mort": tale nefas horrendum.

20) Mord und Todesstrafe S. 153 ff.

durch welche die That verursacht worden ist, zumal die ganz besondere persönliche Beziehung, welche zwischen dem Mörder und dem getödteten Individuum vorhanden war; während ihm das Leben anderer Menschen völlig gleichgiltig ist. Umgekehrt ist bei den Angriffen auf fremdes Eigenthum dem Diebe und dem Betrüger an der Person des Eigenthümers wenig gelegen.“ Was hier v. Holtzendorff von Verbrechen wider das Eigenthum im Gegensatze zur Tödtung sagt, findet auch in gewisser Beziehung Anwendung auf die unüberlegte Tödtung im Gegensatze zur überlegten. Derjenige, welchen unsere modernen Strafgesetzbücher Mörder nennen, hat es in den meisten Fällen noch ganz besonders auf eine bestimmte Person und ganz und gar nur auf diese abgesehen, während wir heute als Todtschläger auch Die bezeichnen, welche aus purer Lust, Blut zu sehen, und aus einem psychologisch unerklärbaren Verlangen, Den zu erschlagen, der ihnen unter die Hand kömmt, tödten. So macht also gewiss das Moment der Ueberlegung an sich die grössere Gefährlichkeit wegen des zu befürchtenden Rückfalles nicht aus. Freilich besteht eine ganz specielle Beziehung zwischen dem Mörder und dessen Opfer auch in manchen Fällen der Tödtung aus Gewinnsucht; z. B. wenn der Thäter der Erbe des Getödteten ist. Aber einmal sind diese Fälle im Vergleiche zu den übrigen die seltneren und denkt man bei der Tödtung um Geld und Gut doch immer zunächst an Raub- und Lohnmord; und dann fällt trotz jener persönlichen Beziehung doch auch die gemeine Gesinnung Desjenigen in's Gewicht, der im Stande ist, um schnöden Gewinnes willen einem Menschen das Leben rauben, von dessen Denkweise also immerhin die Benützung auch noch einer anderen Gelegenheit zu befürchten ist. Man kann daher im Allgemeinen recht wohl sagen, Diejenigen, welche aus so eigennützigem Motive handeln, seien zugleich die gefährlichsten Leute; und wenn nun wirklich die Mörder neben den Strassenräubern, den Dieben, den gemeingefährlichen Brandstiftern als die besonders schädlichen Leute bezeich-

net werden [21]), die, um nicht entrinnen zu können, „in den Stock zu legen“ sind [22]), für deren Ergreifung besondere Vorschriften gegeben sind [23]); wenn endlich den Mördern, damit man ihrer gewiss habhaft werde, das Asylrecht verweigert ist [24]): so kann der Schlüssel zur Erklärung dieser Bestimmungen nur in dem hier angenommenen Principe der damaligen Unterscheidung erblickt werden. Eine äusserst wichtige, hieher gehörige Bestimmung enthält noch das österreichische Landrecht aus dem 13. Jahrhundert [25]). Nachdem der Todtschlag in Art. 40 als Sache, die dem Thäter an sein Leben gehe, bezeichnet ist, wird in Art. 63 abermals der Mord neben Strassenraub und Diebstahl aufgeführt und werden diese Verbrechen zu denjenigen gezählt: das pose ding haissent und die auf laugen stend. Hier ist die „frag“ gestattet; damit ist zu vergleichen Art. 62: — — — Er (der Landesherr) mag aber wohl nach Rat der herren in dem lande ein frag haben auch (al. auf) scheedlich leut davon das land gereinigt werd wann man des ze rat wirt etc. Diese Stellen sprechen offenbar von dem üblich gewordenen Verfahren, „auf blossen Leumund gegen einen Verdächtigen zu verfahren, ihn zu verhaften, und ohne den förmlichen Beweis des alten Processes zu verurtheilen“ [26]). Ein solches Verfahren, welches sich vom sonst gebräuchlichen durch die öffentliche Anklage und die blos summarische Cognition unterschied, war

21) Auch die Ketzer sind mit aufgeführt, wohl wegen der Gefahr der Ansteckung.

22) Stadtrecht von Augsburg 1276 (Freyberg, Sammlung etc. I. S. 1).

23) Stadtrecht von Memmingen (s. N. 17) unter der Rubrik „Umb schädlich lüt ze vachen.“

24) Oefnung von Embrach (Grimm, Weisthümer I. 113).

25) Jus antiquissimum Austriae — österreich. Landrecht — seculi XIII. in: Senkenberg, visiones diversae p. 213.

26) Eichhorn, deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte III. S. 441; vgl. die in Note g S. 442 angeführte Stelle aus dem Privilegium Ruprecht's für Kempten.

also nur gegen schädliche Leute erlaubt, von denen überdies anzunehmen war, dass sie läugnen würden [27]), während bei offen begangenen und frei bekannten Verbrechen, wozu gewiss auch der Todtschlag gerechnet wurde, der ordentliche Processgang eingehalten werden musste (Art. 63). Also: um gemeingefährliche Menschen aus der Welt zu schaffen war es genügend, wenn nur die Mehrzahl des Rathes sich für deren Schuld aussprach; eines förmlichen Beweisverfahrens bedurfte es nicht. Um einen Menschentödter zu einem Angehörigen dieses Auswurfs der Menschheit zu machen, genügte es wohl nicht, dass derselbe mit vorbedachtem Entschlusse gehandelt hatte, sondern ausschlaggebend war allein die durch die That bezeugte Niedrigkeit der Gesinnung, welche ihn fähig machte, einen schuldlosen Mann zu tödten und welche daher auch für die Zukunft das Schlimmste befürchten liess.

§. 8.

Die Besonderheiten der süddeutschen Rechtsquellen.

Im südlichen Deutschland hatte der sonst hergebrachte Begriff des Mordes sicher ebenfalls Geltung; wenn hiefür auch keine Nachweise vorliegen würden, so wäre doch kaum zu bezweifeln, dass das Motiv der That in diesen Territorien eben so wesentlich beachtet wurde, wie andere Momente; es ist jedoch namentlich im Augsburger Rechte neben anderen Merkmalen die Absicht auf das Gut des Getödteten ausdrücklich betont und jedenfalls hauptsächlich mit Rücksicht hierauf der Mörder, wie bereits erwähnt, mit den besonders gefährlichen Leuten zusammengestellt. Aber wie schon im Brünner Schöffenbuche in Verbindung mit dem Motive auch die hinterlistige, verrätherische Aus-

---

27) Das Merkmal der Heimlichkeit hatte für den Begriff Mord, wie das Stadtrecht von Altdorf aus dem 15. Jahrh. beweist, noch nicht alle Bedeutung verloren. Erwähnt ist es auch noch im Schwabenspiegel A. 174; im Stadtrechtsbuche Ruprecht's von Freis. A. 20.

führung Beachtung fand, so erhielt sich am ausgeprägtesten die strafrechtliche Würdigung der Art der Verübung in den süddeutschen Quellen, und zwar mitunter ohne alle Beziehung zum Motive. Sie zeigt sich in der Hervorhebung des hinterlistigen Ueberfalles, der Verletzung eines besonders gelobten oder eines höheren Friedens, der Vergiftung, des Bruches der Gastfreundschaft, des Bruches besonderer Treue und ähnlicher Umstände. Die erschöpfendsten Aufzählungen enthalten das Augsburger Stadtrecht und das Rechtsbuch Ruprechts von Freisingen. Ersteres rechnet unter den Mord: Die Tödtung, welche mit Bruch eines Handfriedens verbunden ist, die Tödtung eines Gastes oder eines Reisegefährten um deren Hab und Gut willen; die Tödtung Desjenigen, den man zuvor in sein Haus geladen; endlich die Tödtung des Mannes, dem man besondere Treue gelobte. Dem Morde gleich behandelt soll werden die Zauberei und die Vergiftung.

Das Stadtrecht von Freising [1]) führt in Cap. 20 unter dem Titel: Welichs mörder haissent auf: Die Tödtung von einem Hinterhalte aus oder mittels Ueberfall, den Todtschlag, welchen der Thäter läugnet, die heimliche Tödtung, die Vergiftung. Dem Morde gleich will es (Cap. 19) behandelt wissen die Tödtung, durch welche zugleich das Gastrecht verletzt wird. Der Missbrauch des in Folge vorangehenden freundschaftlichen Benehmens gerechtfertigten Vertrauens findet Berücksichtigung auch im Schwabenspiegel (Art. 174). Seine besondere Prägnanz erhielt dieses Moment in den Rechtsquellen der deutschen Schweiz, in welchen der Bruch des höheren oder gelobten Friedens die bedeutendste Rolle spielt. Auch diesen Quellen ist zwar die Qualification einer Tödtung sine causa nicht unbekannt; die mitunter erwähnte unehrliche Tödtung, welche sich vom ehrlichen Todtschlag dadurch unterscheidet, dass ihr keine vom Erschlagenen gegebene Veranlassung voranging, ist eine Erscheinungsform derselben. Sie ist aber, wenn nicht

---

1) Maurer, L. v., Rechtsbücher Rupprecht's von Freisingen 1839.

das Bestehen eines höheren Friedens dazu kommt, nicht Mord genannt; vielmehr findet sich diese Bezeichnung nur für die Fälle, in denen mit der Tödtung der Bruch eines Friedens concurrirt. Osenbrüggen bemerkt hiezu [2]): „Die Entwicklungsgeschichte des Mordbegriffs in der mittelalterlichen deutschen Schweiz hängt ganz mit der politischen Gestalt zusammen. Die primitive Staatsform konnte sich nur durch lebendigen Sinn des Bürgers für das Staatswohl, durch bereites Handeln für den Staat gedeihlich bewähren. Dies zeigt sich vor Allem in dem Institut des Friedens; Mord ist Tödtung mit Friedbruch.“ Diese „primitive Staatsform“ war also nicht an sich im Stande, zwischen den Einzelnen überall Ordnung zu schaffen; die Bürger selbst mussten so viel Sinn für Einigkeit und Frieden besitzen, als nöthig war, damit das Gemeinwesen nicht in Trümmer ging. Und selbst wenn Einer aus dem Volke ein arges Uebel angerichtet, z. B. eine Tödtung begangen hatte, so wurde einer etwaigen fortgesetzten Fehde, soferne nicht in dieser That selbst schon ein höherer Friedensbruch lag und dadurch das Leben des Thäters sofort verwirkt war, durch den Rath mit Hilfe der Gemeindegenossen Einhalt geboten; durch das Gelöbniss, den Frieden auch zu halten, reichten die Angehörigen der verletzten Partei dem Verbrecher, der durch seine That der Friedlosigkeit verfallen war und von der überall drohenden Gefahr wie von den Fluthen des stürmischen Meeres umhergetrieben wurde, einen festen Anker; in dem Vertrauen auf die Unverbrüchlichkeit des gegebenen Wortes konnte er wieder Ruhe finden. Um so schändlicher war es, wenn der Gegner vielleicht gar den angebotenen Frieden nur als Deckmantel seiner schlimmen Absicht gebraucht hatte, damit der Arglose um so sicherer seine Beute werde; wenn er ihn „über Friede oder Stallung“ erschlug! Ihm ward dann kein Friede mehr geschaffen, es traf ihn, ohne dass er seinen

2) Beiträge zur Strafrechtsgeschichte der deutschen Schweiz 1859 S. 13.

Hals lösen konnte, die Strafe des Mörders [3]). Während beim Todtschlage eine Teidigung möglich war, wenn die Verwandten des Getödteten nur einverstanden waren, heisst beim Morde die Vorschrift immer: man richt zuo jm als zuo ainem mörder; es war wohl auch, wenn der Thäter flüchtig wurde und die Verwandten die Blutrache geltend machen konnten, beim Morde eine friedliche Ausgleichung niemals zulässig.

Ausser dem gebotenen oder gelobten Frieden gewährten auch die besonderen Frieden gewisser Orte erhöhten Schutz, und machten Den, welcher einen unter demselben Stehenden erschlug, zum Mörder. Erwähnt wird der Hausfriedensbruch [4]); die Verletzung des Dingfriedens [5]). Vom Bruche eines höheren Friedens spricht auch der Züricher Richtebrief mit den Worten: an dien trüwen. Osenbrüggen [6]) und Stockar [7]) verstehen darunter, indem sie ân = ohne lesen, eine ohne Treue begangene Tödtung im Sinne der unehrlichen. Wo aber die letztere vorkommt, ist sie stets ausgeschieden vom Morde, steht in der Mitte zwischen dem „ehrlich und fromm leiblos thun“ und dem Morde [8]). Es wäre nun schon an sich auffallend, wenn im Gegensatze zu dieser Unterscheidung das Züricher Recht

---

3) Züricher Richtebrief, jüngere Recension A. 42. Kyburger Oefnung A. 5 (Grimm, Weisth. I. 18), Oefnung von Tablatt (Grimm I. 231). Glarner Landessatzung von 1387 (Blumer, Staats- u. Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratie 1850 Bd. I. S. 562) u. a.

4) Satzung des Landbuchs von Schwyz (Osenbr. a. a. O. S. 17). Eine ähnliche Grundlage hat die Bestimmung von Uri 16 (Osenbr. S. 16); hier handelt es sich um Tödtung eines Mannes, der in der Ausübung seines Hausrechtes begriffen war.

5) Landb. v. Schwyz (Os. S. 17).

6) a. a. O. S. 13. 22.

7) a. a. O. S. 22.

8) S. den von Osenbrüggen a. a. O. S. 21. 22 und alamannisches Strafr. S. 221 angeführten Fall der Tödtung des Mannes von Weggis; ferner Straf- und Bussrodel der Höfe Wollerau und Pfäffikon, Osenbr., Beiträge etc. S. 23.

die unehrliche Tödtung unter dem Begriffe Mord verstünde. Aber die Betrachtung der ganzen Stelle ergibt, dass mit jenen Worten nicht eine Tödtung ohne vorausgehende, vom Getödteten gegebene Veranlassung, sondern speciell eine mit Verletzung eines höheren Friedens — des Gerichtfriedens — verbundene Tödtung gemeint sei. Die Stelle lautet im Wesentlichen: Swa ein burger den andern burger der in disem gericht wonhaft ald gesessen ist und in des Richs und des gerichtes fride meniglichen wissende ist gewesen slat ze tod an dien trüwen das sol im gan an all sin gut das er us und inne hat und sol in die statt nimmer mere kommen — — — — — Gicht aber derselbe morder das jener den er ermordet hat an dien trüwen in des gerichts fride nit gewesen si ald in der achte were das sol in nicht fristen er si an der busse schuldig so hievor geschriben ist wan das mort geschehen ist an dien trüwen. Stockar selbst sagt, die ehrlose Tödtung sei die eines schuldlosen Mannes, und es wird dies auch anderwärts bestätigt [9]). Kann nun bei einem Friedlosen noch in Frage kommen, ob er die Tödtung besonders verschuldet hat? Kann ihn nicht gerade wegen seiner Friedlosigkeit Jeder tödten? Aber etwas Anderes kommt in Frage: Wie der homo faidosus auch in ältester Zeit an befriedeten Orten Schutz vor der Verfolgung fand, so soll auch nach dem Züricher Rechte dem Thäter der Vorwand Nichts nützen, der Erschlagene habe keinen Frieden gehabt. Den besonderen Frieden des Gerichtes hatte eben auch der Geächtete, und es kann wohl an dien trüwen nichts Anderes bedeuten als: „an diesem im Frieden (in Treue) stehenden Orte" [10]); diese „Treue" war man auch dem Friedlosen schuldig, eine andere aber nicht.

---

9) S. z. B. Ewiges Bündniss zwischen Uri, Schwyz und Unterwalden 1291 (Osenbr., Alam. Str.-R. S. 221) „sine culpa."

10) So legt die drei Worte auch die dem Richtebriefe in der helvetischen Bibliothek (Bd. II.) beigegebene „Erklärung der veralteten Worte" aus.

Der hinterlistige Charakter der Tödtung in einem Frieden tritt deutlich hervor in der Thatsache, dass unter dieselbe auch die mittels schändlicher Waffen — also durch ein heimtückisches Ueberfallen eines Ahnungslosen — verübte Entleibung gerechnet wird [11]). Endlich geniessen auch gewisse Personen einen besonderen Frieden, nemlich die nächsten Verwandten und die Vormünder von Kindern unter 12 Jahren, — es ist schändlich, solch' unmündigen Wesen die unmittelbare Stütze zu entreissen; ferner der obrigkeitliche Bote', wenn er in amtlicher Qualität auftritt [12]).

11) Landbuch von Uri 30.

12) Landbuch von Nidwalden Art. 130. Landb. von Obwalden Osenbrüggen, Beiträge etc. S. 16 u. 17.

Vierter Abschnitt.

Die Doctrin der Italiener.

§. 9.

Die italienischen Praktiker, welche allein im Mittelalter die criminalistische Doctrin vertraten, schöpften ihre Lehre zwar wesentlich aus dem römischen Rechte, indem sie namentlich in formeller Beziehung an dasselbe anknüpften, trugen jedoch in den herübergeholten Stoff vielfach die den germanischen Principien entsprechenden Grundsätze der Praxis hinein. Zur Grundlage der Lehre von der Tödtung ward die l. 11 §. 2 D. de poenis; die Bearbeitung dieser lex und der damit in Verbindung gebrachten Stellen darf als die Quelle der nachmaligen Unterscheidung zwischen praemeditatio und impetus angesehen werden, und gerade diese Unterscheidung ist wesentlich ein Produkt der Vermengung römischer und deutscher Grundsätze.

Wie wir oben gesehen, legte das römische Recht das entscheidende Gewicht auf den animus occidendi, nemlich auf den bestimmten Willen des Thäters, den Tod eines Anderen herbeizuführen. Die in Folge dieses Willens verübte Tödtung bildete die Eine Kategorie strafbarer Tödtung, die aber nicht in Unterarten zerfiel, innerhalb welcher vielmehr nur einzelne ganz specifische Fälle eine mildere Beurtheilung erhielten. Gegenüber standen die verschiedenen Fälle nicht beabsichtigter Tödtung, die unter sich namentlich wieder zerfielen in solche, bei welchen dem Thäter gar kein dolus in der Richtung gegen den Getödteten zur Last fiel, und in solche, bei welchen er es wenigstens auf eine Verletzung des Gegners abgesehen hatte, ohne freilich den Tod desselben zu wollen. Im Gegensatze zu dieser strengen Unterscheidung gewollter und

nicht gewollter Tödtung bildete die Grundlage der Classification im germanischen Rechte nicht die Frage nach dem Vorhandensein eines animus occidendi, dieselbe bewegte sich vielmehr, abgesehen von blos fahrlässigen Handlungen, in dem weiten Rahmen eines animus violandi, der allerdings, wenn noch besonders erschwerende Momente dazu kamen, von selbst zum eigentlichen dolus, zum Willen, den tödtlichen Erfolg herbeizuführen, sich gestaltete, ohne dass jedoch ein besonderer Nachdruck darauf gelegt worden wäre. Für die übrigen Fälle genügte, wie wir sahen, ein dolus des Thäters, der nur die Qualität der römischen Tödtung in rixa hatte, ohne dass freilich das propositum, wenn es nicht durch die den Thatbestand des Mordes herstellenden Merkmale specialisirt war, davon ausgeschlossen gewesen wäre. Es versteht sich von selbst, dass die Versuche, diese beiden Principien zu vereinigen, manche Verwirrung herbeiführen mussten.

Oben wurde der Versuch angebahnt, die römische Tödtung in rixa mit der impetu erfolgten in Verbindung zu bringen und nachzuweisen, dass Marcian in der l. 11 mit dem impetus allgemeiner Das bezeichnet habe, was meistens in der concreten Form einer rixa zu Tage trete, so dass auch die impetu verübte eine an sich nicht gewollte Tödtung bezeichne. Auch die italienischen Praktiker stellten rixa und impetus zusammen, gebrauchten sogar beide Namen abwechselnd und synonym. Aber zugleich verbanden sie damit den calor iracundiae, als die Gemüthsstimmung desjenigen, der in rixa oder impetu tödte [1]). Durch diese letztere Verbindung gewann die so gestaltete Kategorie einer minder schweren Tödtung den Charakter der mit dem animus occidendi verübten Entleibung nach vorausgegangener schwerer Beleidigung. Zugleich aber ergab sich aus den römischen Grundsätzen hinsichtlich des

---

1) Jul. Clari sentent. Lib. V. §. homicid. c. 8: — — — — ex quo durabat calor iracundiae, non dicetur homicidium animo deliberato commisisse, sed in rixa. Es ist in diesem c. 8 auf Bartolus verwiesen,

ausnahmsweise berücksichtigten Entschuldigungsgrundes des honestissimus calor das Erforderniss des Handelns in continenti, der Verübung unmittelbar nach dem Empfange der Beleidigung, ohne weiteres Besinnen: ex abrupto nach der Ausdrucksweise des Aretinus [2]). Damit war sofort der Gegensatz einer besonnenen, überlegten Ausführung von selbst gegeben, welche bei den Praktikern bald homicidium tractatum [3]), bald deliberatum [4]), bald appensate commissum [5]) genannt wird.

Zu dieser schon an sich unrichtigen Auffassung des römischen Rechtes gesellte sich nun auch noch das höchst gezwungene Streben, daneben den germanischen Grundsätzen, welche in den Statuten der italienischen Städte und in der Rechtsübung sich vielfach kundgaben, ihre Geltung zu lassen. Es bestand aber im deutschen Rechte keine Unterscheidung, welche von dem zwischen Beleidigung und Tödtung liegenden Zeitraume, von der für den Thäter bestehenden Möglichkeit, sich indessen länger oder kürzer oder gar nicht zu besinnen, abgehangen hätte. War ein Mann von einem anderen Manne schwer gekränkt oder verletzt worden, so galt es, falls er ihn aus Zorn hierüber erschlug, als Todtschlag, einerlei, ob der Entschluss zur That das Resultat kürzerer oder längerer oder gar keiner Ueberlegung war. Dieses Princip passte freilich zu dem dem römischen Rechte entnommenen schlecht genug, ja es stand geradezu im Widerspruche damit. Es galt daher, einen Mittelweg zu finden, um beide Systeme mit einander zu versöhnen. So wurde denn der schwerere Fall — die Tödtung mit Ueberlegung — erst dann angenommen, wenn der That eine während langer Zeit gepflogene Erwägung,

welcher den impetus geradezu definirt als den Fall: quando inter duo simul stantes oritur subito rixa.

2) Ang. Aretini de malefic. tract. Fol. 106 Nr. 1.

3) Albericus de Rosate super statut. III. qu. 64.

4) Jul. Clar. l. cit. c. 7. Bossius, tract. var., tit. de hom., §. 50 squ.

5) Ang. Aretin. l. cit.

eine planmässige, durch und durch berechnete Vorbereitung vorausgegangen war („ex intervallo praecedente"), während eine in der Hitze des Zornes begangene Tödtung noch dann vorliegen sollte, wenn nicht mehr als dreissig Tage zwischen Veranlassung und That in Mitte lagen [6]). Das Vorhandensein der in der angegebenen Weise bestimmten Ueberlegung wurde geschlossen aus dem Erwarten des Gegners mit bewaffneter Hand, aus dem Sammeln von Freunden zum Zwecke der Unterstützung, nachdem sich der erste (d. h. die dreissigtägige) Hitze gelegt hatte. Uebrigens wurden die vom römischen Rechte gebrauchten Ausdrücke von den italienischen Juristen durchaus nicht in übereinstimmender Weise in das von ihnen gebildete System eingefügt. Besonders auffallend gehen hierin auseinander Clarus und Bossius. Ersterer nimmt auf der einen Seite ein simplex homicidium an, zu dessen Thatbestande der blosse animus occidendi ohne die Qualität eines vorbedachten Entschlusses gehöre. Diesem stellt er entgegen das homicidium deliberatum, als dessen Unterarten er das propositum — die überlegte Tödtung ohne sonstige Qualität — und ausserdem die von einem Hinterhalte aus begangene, die mit besonderer Vertrauenstäuschung verbundene und die um Lohn verübte Tödtung aufführt [7]). Die letzteren drei Qualificationen tragen einen ganz deutschrechtlichen Charakter; ebenso der in Cap. 61 gesondert besprochene Fall einer an einem Geächteten trotz vorausgegangenen Friedensgelöbnisses vollführten Entleibung.

Während somit das propositum bei Clarus eine Species der deliberirten Tödtung bildet, scheint bei Bossius der generelle Begriff das propositum, dieses aber identisch mit dem animus occidendi zu sein (§. 44). Weiterhin unterscheidet der letztgenannte Jurist innerhalb der proposito

---

6) Jul. Clar. l. cit. c. 8; Additio 23; Bossius l. cit. c. 62, Das Ofner Recht spricht von langem Vorpedechtnusz, was sehr an das ex intervallo praecedente erinnert.

7) Clar. l. cit. c. 8—11.

oder animo occidendi verübten Tödtung noch die deliberate und die in rixa et impetu begangene (§. 50). Erstere ist aus dem Auflauern mit todbringenden Waffen zu vermuthen; sie kann trotz der rixa vorhanden sein, wenn der Thäter, um den tödtlichen Erfolg herbeizuführen, selbst den Gegner zum Streite provocirte [8]).

Man sieht sofort: Das Merkmal der Ueberlegung spielte in dieser Doktrin zwar eine wichtige Rolle, doch bildete niemals eine einfach unüberlegte Tödtung den Gegensatz zur deliberirten, sondern es musste immer ein Zustand der berechtigten Gefühlsaufregung in Folge vorangehender Beleidigung hinzukommen. Durch diese Specialisirung der beiden Kategorieen verlieren dieselben den Charakter eigentlicher Gegensätze, da auf diese Weise offenbar nicht alle Fälle umfasst sind. Es ist daher, wie wir unten noch sehen werden, ein grosses Verdienst Schwarzenbergs, die deutschen und römischen Grundsätze weit logischer vereinigt und richtigere Gegensätze aufgestellt zu haben.

Uebrigens waren die mannigfaltigen Distinktionen des Clarus und des Bossius insoferne ohne Bedeutung, als beide für jedes homicidium (dolosum) die Todesstrafe festsetzten [9]), ohne hinsichtlich der Exekution derselben einen Unterschied zu machen; nur sollte Demjenigen, der ex insidiis oder proditorie getödtet hat, das Asylrecht verweigert sein [10]).

---

8) Eine von den übrigen Schriftstellern abweichende, noch mehr an das germanische Recht erinnernde Eintheilung gibt Albertus de Gandino (tract. malef. Rubr. de homicidiar. etc. c. 4): Homicidae non sine causa ex meritis occisorum — homic. sine causa. Nur für letztere sind bei ihm die römischen Grundsätze massgebend (Hälschner a. a. O. S. 49). Manche kennen gar keine Unterscheidung innerhalb der dolosen Tödtung, wie z. B. Bonifacius de Vitalinis (tract. sup. mal.), der nur den Entschuldigungsgrund der Trunkenheit gelten lässt (Rubr. „de homicidio et qui dicantur homicidae“ c. 6.)

9) Clar. l. cit. c. 18; Bossius l. cit. §. 108.

10) Clar. l. cit. c. 9, 10.

Fünfter Abschnitt.

Die Rechtsquellen seit der zweiten Hälfte des fünfzehnten Jahrhunderts.

§. 10.

Stadt- und Landrechte.

Die nunmehr in Betracht zu ziehenden Quellen sind nicht zahlreich; doch verdienen sie eine Sonderstellung gegenüber den bisher besprochenen deutschen Rechten schon aus dem Grunde, weil in ihnen ein, gewiss dem Einflusse des römischen Rechtes zu verdankender Fortschritt gegenüber der früheren Anschauungen zu bemerken ist.

Es wurde mehrmals schon die Thatsache berührt, dass der Thatbestand des Todtschlags früher nicht die Absicht auf den tödtlichen Erfolg einer nur sonst gegen den Anderen gerichteten feindseligen Handlung zur nothwendigen Bedingung hatte. Es lässt sich nun zwar nicht mit Bestimmtheit behaupten, dass der Mangel des animus occidendi jetzt den Thatbestand des Todtschlags ausschloss; aber sehr wahrscheinlich ist dies desshalb, weil die Betonung dieses Requisits gerade beim Todtschlage eine auffallend häufige ist. Zwar genügt die blosse Betheilung an einem Raufhandel, bei dem ein Mensch um's Leben kommt, ohne dass man den rechten Thäter wüsste, um Alle dafür haftbar zu machen [1]). Aber auch hier ist der Einfluss des römischen

---

1) Stadtrecht von Hamburg v. 1497 O. 7. Stadtrecht von Worms v. 1498 6. Buch 2. Theil tit. 19.

Rechtes unverkennbar; die rein privatrechtliche Haftung der Mehreren, welche einen Sklaven erschlugen, nach Massgabe des aquilischen Gesetzes [2]), wurde missverstanden und auf den Boden des Strafrechts hinübergezogen [3]) — wahrscheinlich wegen der Gefährlichkeit solcher Excesse. Anderseits nun zeigt sich auch hinsichtlich des sonst zum Todtschlage erforderten animus occidendi eine berechtigte Anlehnung an das römische Recht in den Worten des Wormser Stadtrechtes: So aber offenbar und wissentlich were, das etwo vil einē oder mee andere angelauffen vnd geschlagen hettē vorbetrechtlich des gemüts unn meynung tods zu schlagen: von also dan einer od' mere todt bleybē die selbe alle sein schuldig des tods. Solich gemüth vnd̄ meynung todt zu schlagen erklären vnd erkennen wir durch diess unser statut zuvornemme auss dem so eyner aufsetzlich vorbetrechtlich eynen anderen anlaufft auff me springt oder angeet mit aussgereyfften mörtlichen waffen begert jne zu letzen. Also: animus occidendi ex re constituendus est. Demnach kann man nicht mehr sagen, der zufällige Erfolg habe genügt, wenn nur überhaupt eine Verletzung gewollt war; vielmehr: der Erfolg wurde als ein gewollter präsumirt, wenn die Verletzung eine derartige war, dass angenommen werden musste, Derjenige, welcher einen Menschen in dieser heftigen, gefährlichen Weise angriff, müsse den Tod beabsichtigt haben, weil er ihn voraussah. Merkwürdiger Weise sehen wir sofort wieder, nachdem nun die bestimmte Absicht eine besondere Betonung erhalten hat, den Ausdruck „vorbetrechtlich" in die Stelle aufgenommen. Wie wenig man aber mit diesem und ähnlichen Ausdrücken damals noch in Deutschland etwas vom animus occidendi Verschiedenes bezeichnen wollte, beweist eben diese Stelle selbst. Auch ist in der-

---

2) L. 11 §. 2 l. 51 §. 1 D. h. t.

3) So auch in der Carolina (s. u.) Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch III. S. 552 N. 4.

selben keineswegs vom Morde die Rede, sie steht in dem vom Todtschlage handelnden Titel und setzt die am Eingange dieses Titels dem Todtschläger angedrohte Todesstrafe fest, während der Mord in hergebrachter Weise unter den Handlungen schädlicher Leute aufgeführt ist, die „nach Recht unnser Statt gewonheit vnd altherkommen gestrafft und gericht werden.“ [4]).

Dass die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Ueberlegung in Deutschland noch immer unbekannt war, wird insbesondere durch Nachstehendes noch bestätigt. Das Wormser Stadtrecht führt unter den nicht mit Lebensstrafe bedrohten Tödtungen neben der in Ausübung der Nothwehr begangenen die des Ehebrechers auf, verlangt aber, an das römische Recht sich anschliessend, dass der Ehemann sofort, nachdem er denselben auf seinem Frevel betreten, den tödtlichen Schlag gegen ihn führe; dagegen nennt es Denjenigen, der eine Weile verzieht, also sich besinnt, einen Todtschläger, nicht aber einen Mörder; er hatte ja immerhin eine honesta causa [5]). Ja nach dem Freiburger Stadtrechte ist er, selbst wenn er „etlich stund und tag verhielt vnn darnach erst denselben zu tod schlug“

---

4) 6. Buch 2. Theil tit. 14. Ebenso: Stadtrecht von Freiburg 1520 V. Tractat: Mörder, Dieb, strassrouber verreter und dergleichen übeltheter die sollent nach recht mit dem rad strang schwert etc. gericht werden. Recht charakteristisch ist die Erwähnung des Mordes in: Gemain Lantpot und Ordnung etc. jm Lande zue Baiern ao. 1512 unter dem Titel: Von Befridung der Weg und strassen; Reisige, welche dienstlos sind, sollen sich, wenn sie im Lande bleiben wollen, um Dienst umsehen, damit nicht von so arbeitslosen Leuten zu befürchten ist, dass sie rauben, brennen und morden. Während im ganzen Lantpot sonst der Todtschlag immer mit erwähnt ist, nennt ihn diese Stelle nicht, und aus gutem Grunde. Von solchen Landstreichern sind gemeine Verbrechen zum Zwecke der Unterhaltsbeschaffung leicht zu befürchten. Ihr Lebenswandel gibt aber an sich keinen Anlass, bei ihnen speciell an einen ehrlichen Todtschlag zu denken.

5) Wormser St. R. VI 2 tit. 19.

zwar nicht mehr entschuldigt, aber doch nur ein Todtschläger [6]).

Für den Sprachgebrauch der damaligen Zeit ist von grösster Wichtigkeit, wie der (Note 4 citirte) bairische Lantpot von 1512 den absichtlichen Todtschlag näher bestimmt. Neben dem Morde nennt er häufig den „fürsetzlichen Todtschlag“ [7]) und beweist damit, dass das Wort „fürsetzlich“ keineswegs gebraucht wurde, um dem Morde gegenüber dem Todtschlage ein besonderes Gepräge zu geben, dass es vielmehr die absichtliche Tödtung von derjenigen, wobei der thatsächliche Erfolg nicht gewollt war, unterscheiden sollte, genau in derselben Weise wie unser „vorsätzlich“. Bestätigt wird dies noch ganz besonders durch einen Vergleich des so bestimmten Todtschlags mit dem unfährlichen, als welchen eine andere Stelle im Lantpot den „in offenem Rumoren aus zorn oder ander Bewegung“ geschehenen bezeichnet, woraus unzweifelhaft hervorgeht, dass der gegenüberstehende fürsetzliche lediglich ein nicht „unfährlicher“, also ein absichtlicher ist.

Der Begriff Mord hat sich in den hier zu besprechenden Quellen nicht im mindesten verändert; wurde auch für den Todtschlag jetzt der bestimmte Tödtungswille erfordert, so schied desshalb aus dem Gebiete des Mordbegriffes Nichts aus, nur der Todtschlagsbegriff wurde ein engerer oder vielmehr es wurde innerhalb desselben ein vorsätzlicher und ein unvorsätzlicher Todtschlag unterschieden.

---

6) Freiburg V. Trakt. unter dem Titel „Entschuldigung des Todtschlägers“ 3.

7) Offenbar nicht zum Zwecke der Umschreibung des ersten Begriffes durch den zweiten; denn eine solche hätte doch nur einmal einen Sinn; überdies sind Mörder, Todtschläger, Austreter und Beschädiger mitunter zusammengestellt, ohne dass den Todschlägern ein Epitheton beigegeben wäre, woraus erhellt, dass dieselben wirklich als eine von den Mördern verschiedene Klasse gemeint sind; endlich enthält auch der Titel des Gesetzes Beide neben einander.

Definirt wird der Mord eigentlich nur im ostfriesischen Landrechte (nach v. Wicht's Vorbericht zur Ausgabe desselben (S. 195) um 1515 redigirt). Zusammengestellt sind im III. Buche c. 91 das gewinnsüchtige Motiv und das Merkmal des Leugnens. Dagegen will c. 17 keine Begriffsbestimmung geben; im Zusammenhange mit c. 18 ist nur gesagt, dass lediglich die unvorsätzliche, trunkenen oder hastigen Muthes begangene Tödtung mit Geld gesühnt werden könne, den vorsätzlichen und mit wohlbedachtem Muthe verübten Todtschlag aber immer die Todesstrafe treffe. Schon die vom Gesetze zugelassene Möglichkeit einer Lösung des Halses mit Geld in so später Zeit [8]) dürfte zur Annahme berechtigen, dass c. 18 von einem unfährlichen, unabsichtlichen Todtschlage spricht, ähnlich dem „in offenem rumoren aus zorn etc.", c. 17 also nur jede absichtliche Tödtung mit der Todesstrafe bedroht, die nur dann durch Anwendung des Rades vollstreckt wurde, wenn die Voraussetzungen des c. 91 gegeben waren. In den süddeutschen Rechten behauptete immer noch der Bruch des gebotenen Friedens seine Bedeutung [9]).

§. 11.

Die Halsgerichtsordnungen.

Bei der Betrachtung des hier hauptsächlich einschlägigen Artikels 137 der Carolina (Bamb. u. Brand. 162) drängt sich sofort die Wahrnehmung auf, dass der Gesetzgeber weniger die Begriffe Mord und Todtschlag bestimmen, als vielmehr auf dem Boden des herkömmlichen Rechtes die Frage nach der Art der Bestrafung entscheiden und vielfach aufgetauchte Missbräuche beseitigen wollte. Diese im Eingange des erwähnten Artikels deutlich ausgespro-

---

8) In der Praxis erfolgte eine solche Ablösung freilich oft genug.

9) Freiburg 2. Tit. des IV. Tractat's Nr. 4.

chene Absicht spricht schon entschieden gegen die hauptsächlich von Birnbaum vertretene Ansicht, die Carolina habe sich in der Lehre von der Tödtung nicht an das deutsche, sondern an's römische Recht angeschlossen [1]). Denn dass in den der Carolina vorangehenden Rechtsquellen Deutschlands die römische Auffassung die herrschende gewesen, behauptet selbst Birnbaum nicht. Indem sich also der Art. 137 darüber beklagt, dass der herkömmlichen Unterscheidung zwischen Mord und Todtschlag mitunter keine Rechnung durch Verschiedenheit der Strafe getragen werde, setzt er zugleich, nach jener Meinung, diese herkömmliche Unterscheidung bei Seite und substituirt eine neue, auf römische Grundsätze gebaute. Das lässt sich doch wohl schwer vereinigen, und so dürfte schon aus diesem Grunde die Rückführung der Begriffe Mord und Todtschlag auf das römische Recht unzulässig sein. Vielmehr gehört, wie schon Jarcke [2]) bemerkte, diese Unterscheidung dem deutschen Rechte an, sie ist, wie sie in den drei Halsger.-Ordn. auftritt, ganz aus den unmittelbar vorangehenden Rechten herausgewachsen, wobei allerdings der Begriff Todtschlag einige Modification erhielt. Als wesentliches Merkmal des Mordes blieb bewahrt der Mangel einer vom Getödteten gegebenen Veranlassung; den selbständigen Trieb des Thäters, der wohl meist einen eigennützigen Zweck dabei verfolgt, drückt das Wort mutwillig, welches sofort an die alte Bezeichnung temerario ausu sine causa erinnert, treffend aus. Dem stand bisher, wie wir sahen noch in den Stadtrechten aus den Jahren 1498 und 1520, gegenüber diejenige Tödtung, zu welcher der Getödtete durch sein eigenes frevelhaftes Verhalten Anlass gegeben hatte, ohne dass dabei auf den

---

1) Neues Archiv f. Cr. R. 1832 S. 249 ff. Auch Elvers prakt. Arbeiten S. 229 ff.

2) Handbuch III S. 212 u. 343. In Hitzigs Zeitschrift Heft VII S. 130 läugnet Jarcke gleichfalls, dass die Römer eine ähnliche Unterscheidung kannten.

Zwischenraum zwischen Veranlassung und That Rücksicht genommen wurde. Massgebend war also nicht der Affekt, das plötzliche, übereilte Handeln, sondern die honesta causa. Die letztere verlangen wohl auch die Halsgerichtsordnungen; aber zugleich deutet die neben dem Merkmale „aus Zorn“ gebrauchte Bezeichnung „aus gecheit“ ein weiteres Erforderniss an: dass dieser Zorn in unmittelbarem Zusammenhange mit der äusseren Veranlassung zum Ausbruche komme, nicht aber den Charakter länger gebrüteter Rache trage; dass also die That in Folge eines im Affekte gefassten Entschlusses begangen werde. Diese Veränderung scheint nun wirklich aus dem römischen Rechte geschöpft zu sein; dieses kannte zwar den Milderungsgrund des honestissimus calor nur in Ausnahmsfällen und diese sind in der Bambergensis von der peinlichen Strafe ganz befreit [3]. Aber die Grundlage dieser Ausnahmsfälle ist doch der Hauptsache nach die nemliche, wie die des germanischen Todtschlags, insoferne bei ihnen wie bei diesem die der That vorgehende justa causa, das ehrliche Motiv, Rache für eine schwere Beleidigung zu nehmen, die Strafmilderung bewirkte. Offenbar wollte nun der Gesetzgeber der ausgedehnten Berücksichtigung dieser causa, wie sie im deutschen Rechte bisher gegolten hatte, Schranken ziehen, und that dies, indem er nach dem Muster des römischen justus dolor etc. eine in continenti erfolgte Tödtung verlangte, damit der Zorn des Thäters in Betracht kommen konnte. Es hätte nun für die Begriffsbestimmung des Mordes genügt, ihn eine vorsätzliche Tödtung schlechthin zu nennen, da ja der vorsätzliche Todtschlag durch die Worte „aus gecheit und zorn“ specialisirt war, somit alle übrigen Fälle nicht entschuldigter vorsätzlicher Entleibung in den Bereich des Mordes gehören mussten. Aber die Anschauung, dass das Verwerfliche beim Morde darin bestehe, dass ein Mensch ohne gehörige von ihm gegebene Veranlassung um's Leben komme, war eine so sehr mit

---

3) A. 145. 175.

dem Volksgeiste verwachsene, dass eine Betonung dieses Momentes sich unbedingt empfahl [4]), um so mehr, als ja doch die meisten nicht im Affekte begangenen Tödtungen aus verwerflichem Motive entsprangen. Der Specialisirung des Todtschlags gegenüber hatte das Wort mutwillig allerdings eine etwas weitere Bedeutung, als früher das sine causa; handelte der im Affekte Tödtende in einem Zustande der Aufregung, also einer nicht völlig freien Selbstbestimmung, so war im Gegensatze hiezu der Wille vollständig frei bei demjenigen, welcher ausserhalb eines solchen Zustandes (und sonstiger geistiger oder körperlicher Gestörtheit) tödtete. Muthwillig tödten heisst somit: Jemand aus völlig freier Selbstbestimmung, aus eigenem, durch keinen heftigen momentanen Eindruck beeinflusstem Willen des Lebens berauben. Diese Erklärung ist natürlich grundverschieden von derjenigen, welche in diesem Attribute lediglich eine Verstärkung des „fürsetzlich“ erblickte und aus letzterem oder aus beiden das Requisit des Vorbedachtes construirte [5]). Entschieden wandte sich hiegegen John [6]) mit der Bemerkung, weder das Wort „fürsetzlich“ noch das Wort „mutwillig“ enthalte die Prämeditation; daraus, dass Todtschlag nach der Carolina dolose Tödtung ist, falls der Dolus durch den Affekt specialisirt ist, folge noch nicht, dass beim Morde der Dolus durch Prämeditation specialisirt sei; vielmehr liege Mord überall da vor, wo dolus nicht durch Affect specialisirt ist.

---

4) Dass das Wort mutwillig in der angegeb. Bedeutung dem Volksmunde entstammte, beweist der alte Wendisch-Rügianische Landgebrauch aus dem Anfange des 16. Jhd. (Dreyer momenta anekdota 1760 I 229) cap. 120, wo ebenfalls vom mutwilligen mörder die Rede ist.

5) Birnbaum a. a. O. Rosshirt Lehrbuch des Crim. R. Besond. Theil. 3. Abschnitt S. 301 ff. Heffter Lehrb. §. 234. Jarcke in Hitzig's Ztschr. Heft 7 S. 144.

6) „Die Bestimmungen der deutschen Str. G. B. über Mord und Todtschlag“ in der allgem. deutschen Str. R. Zeitung 1866 Heft 8 S. 389.

Im Gegensatze zu den früheren Schriftstellern bringt ferner Hälschner das Attribut „mutwillig" zur gehörigen Geltung [7]), sieht aber in der näheren Unterscheidung des Mordes als einer „fürsetzlichen muthwilligen" Tödtung vom Todtschlage, als einer „aus gecheyt und Zorn" gethanen die unter dem Einflusse des römischen Rechtes in den Mordbegriff eingeführte Prämeditation im Gegensatze zum impetus, und wendet gegen John ein, die Prämeditation und der Impetus zusammen umfassten den ganzen dolus, „so dass die Carolina durch Charakterisirung des Todtschlags den Mord genügend als eine mit Prämeditation begangene Tödtung bezeichnet habe." Endlich hat in neuester Zeit Güterbock das Attribut „mutwillig" übereinstimmend mit Hälschner erklärt, das Merkmal des Vorbedachtes aber in dem Worte „fürsetzlich" ausgedrückt gefunden [8]).

Der richtige Standpunkt dürfte aber dennoch der von John eingenommene sein. Was zunächst den von Hälschner angedeuteten Zweifel betrifft, ob nemlich eine vorsätzliche Tödtung, die weder im Affekte noch mit Prämeditation begangen wurde, für möglich zu erachten sei, so ist vor Allem darauf hinzuweisen, was Hälschner selbst unter dem „aus gecheyt und zorn" verübten Todtschlage versteht: eine in der Gefühlsaufregung begangene Tödtung, und es bestimmt sich jedenfalls hiernach des Näheren der Charakter des speciell im Art. 137 in Frage kommenden Affektes. Steht in dieser Weise nun der sonst ziemlich unsichere Begriff „Affekt" hier fest, so ist der Satz, Prämeditation und Affekt (oder nach Hälschner „impetus") umfassen den ganzen Dolus, doch gewiss nicht haltbar; ein plötzlicher, nicht überlegter Entschluss braucht sicher nicht immer aus dem erregten Gefühle zu entspringen; er kann seine Quelle eben so gut u. A. in dem augenblicklichen, durch eine schnell auftauchende Gelegenheit erweckten Verlangen nach einem Vortheil oder nach dem

---

7) System III S. 53.

8) Entstehungsgeschichte der Carolina S. 232 ff.

Vermeiden eines Nachtheils haben. Nur ein Beispiel der letzteren, nicht zu seltenen Fälle ist die in unserer neuesten Gesetzgebung hervorgehobene unüberlegte Tödtung desjenigen, welcher der Vollbringung einer anderen strafbaren Handlung momentan entgegensteht oder den Verbrecher auf frischer That ergreifen will. Schon oben wurde hingewiesen auf jene unerklärlich rohen Menschen, welche aus reiner Lust, Blut zu sehen, unüberlegt, aber absichtlich tödten, und doch durch ihr ruhiges kaltes Benehmen bei und nach der That beweisen, dass sie keineswegs aus aufgeregtem Gefühle gehandelt haben. Ja es lässt sich auch ganz gut der Fall denken, dass ein völlig mittelloser, verkommener Mensch einen schnell des Weges Kommenden, bei dem er Geld vermuthet, ohne Zeit zu haben, die That zu überlegen, überfällt und tödtet. Auch er hat gewiss nicht in Folge von Gefühlsaufregung einen Anderen um's Leben gebracht. Aber von einem Vorbedachte war vielleicht keine Spur vorhanden, er ging zuerst durchaus nicht darauf aus, sich durch die Tödtung eines Anderen in den Besitz einer Baarschaft zu versetzen; nur die plötzlich erkannte Gelegenheit erzeugte den plötzlichen Entschluss. Es liessen sich wohl noch manche Belege dafür anführen, dass Affekt und mangelnder Vorbedacht nicht identisch sind. Trägt nun im Gesetze der Todtschlag das Merkmal des Affektes an sich, so sind diese und ähnliche Fälle von seinem Gebiete ausgeschlossen. Wenn aber anderseits Mord die prämeditirte Tödtung wäre, hingen diese Fälle sämmtlich in der Luft. Das Geringste, was hieraus gefolgert werden muss, ist, dass John Recht hat, wenn er sagt, aus der Specialisirung des Todtschlags-Dolus durch Affekt ergebe sich nicht die Specialisirung des Mord-Dolus durch Prämeditation. Es fragt sich aber weiterhin, ob, wie namentlich von Güterbock behauptet wird, der Gebrauch des Wortes „fürsetzlich“ an sich zu dieser Interpretation zwinge. Dass der Sinn dieses Wortes ausser den Halsgerichtsordnungen nicht der behauptete war, dass dasselbe nicht benützt wurde, um dem Mordbegriffe ein besonderes

Gepräge zu verleihen, vielmehr um den absichtlichen, dolosen Todtschlag vom „unfährlichen" zu unterscheiden, wurde bereits aus dem bairischen Landpot nachgewiesen. Ein weiteres Zeugniss für den Sprachgebrauch ist noch eine Stelle aus dem Lübischen Rechte; während dies nemlich für Mord die Strafe des Rades aus dem Hamburger Rechte genommen hat [9]), verordnet es: Welk minsche einen vörsetliken dodtschlagh begeit, de schal mit dem schwerde vam levende thom dode gebracht werden [10]). Also bedeutete dieses Wort auch in älterer Zeit wie in dem Zeitraume der Carolina nichts anderes, als was wir heute damit bezeichnen.

Schwarzenberg müsste also vom Sprachgebrauche abgewichen sein und einen neuen Sinn damit verbunden haben. Nur eine Betrachtung seiner Arbeit selbst kann darüber Aufschluss geben. Nun lautet in der Bambergensis und im ersten Projekte der Carolina der wesentlich in Frage kommende Satz folgendermassen: „aber nach gewonheyt etlicher gegent werden die fursetzlichen Morder und todschläger einander gleich mit dem rade gericht — — —". Dieser Wortlaut muss den Gedanken erwecken, dass das Wort „fursetzlich" auf „morder" und „todschläger" gleichmässig zu beziehen sei, da die beiden durch keinen Artikel getrennt sind [11]). Der Art. 137 der letzten Redaktion trennt allerdings „fürsetzliche Mörder" und „Todschläger" durch den Artikel „die"; aber der Weg, auf welchem derselbe an den betreffenden Platz gelangte, beweist hinlänglich, dass seine Einsetzung in dieser Weise nicht beabsichtigt war.

---

9) Hach, das altlübische Recht Codex III. 2. Theil.

10) Hach a. a. O. IV. Abtheilung c. 105.

11) Wenn einige Handschriften des Proj. I „oder todtschläger" haben (Güterbock S. 232 N. 2), so bestätigt dies nur das im Texte aufgestellte, da das Wort „oder" fast noch mehr als das „und" einen darauf folgenden Artikel verlangen würde, wenn „fürsetzlich" sich nicht auf beide Begriffe beziehen würde.

Bekanntlich führte dieser Artikel in Proj. II (und III) [12]) das Wort „unfürsetzlich“ ein, und blieb, nachdem das letztere im Laufe der ferneren Redaktion wieder gestrichen worden, ebenso stehen, wie das gleichfalls nicht mehr passende „oder“ zwischen den Worten „todschlag“ und „aus jechheyt und zorn“. So spricht denn der neueste Wortlaut jedenfalls nicht gegen die Ausdehnung des fürsetzlich auf beide Begriffe. Im Gegentheile spricht gerade der Weg, auf welchem die neueste Fassung entstand, für dieselbe. Denn wenn es im 2. und 3. Projekte hiess: „der ein todschlag unfursetzlich oder aus jagheit und zorn gethan“, so ist mit dem „oder“ doch gesagt, dass die unfürsetzliche Tödtung etwas von der aus Jähheit und Zorn verübten Verschiedenes sei. Damit soll noch nicht zugegeben werden, was Güterbock (S. 238) meint: dass dann die Redaktoren die culposen oder gar die kasuellen Tödtungen den Affekttödtungen gleichgestellt hätten. Auch hier ist vielmehr der nächste Zweck des Art. 137 (162) in's Auge zu fassen: Aenderung des vielfach bestehenden Missbrauch's, alle Fälle der Tödtung gleichmässig zu bestrafen. Nun hatten zwar die jüngsten Gesetze in Anlehnung an das römische Recht den direkten Dolus für den Thatbestand des Todtschlag's vorausgesetzt; aber deren waren nur ganz wenige (s. den vor. §); es ist daher anzunehmen, dass im Uebrigen die alte Gewohnheit fortbestand und die blosse Absicht, den Andern zu verletzen, wenn nur die Handlung den tödtlichen Erfolg hatte, immer noch genügte, um des Thäter's volle Haftbarkeit zu begründen. Wenn nun nach dem Zeugnisse der Carolina vielfach jede Tödtung mit dem Rade bestraft wurde, so verfielen dieser Strafe sicher auch Diejenigen, deren Absicht eine derartig unbestimmte war, weil eine Unterscheidung innerhalb der Willensrichtung beim Todtschlage noch weit weniger üblich war als die Unterscheidung zwischen Mord und Todtschlag. So wurden allerdings „nach gewonheyt etlicher

12) Güterbock a. a. O. S. 233.

gegent“ sogar unfürsetzliche Todtschläger gleich den Mördern bestraft, und indem die Redaktoren des 2. und 3. Projekt's dies in's Auge fassten, gelangten sie dazu, die unfürsetzlichen Todtschläger zum Unterschiede von den Mördern noch besonders zu betonen; später aber entschloss man sich wohl, den Wortlaut der Bambergensis beizubehalten, der ohnehin die unvorsätzlichen Todtschläger ausschloss, da man es für besser fand, auf sie gar keine Todesstrafe in Anwendung zu bringen. Von einer Absicht der Redaktoren, dem vorsätzlichen Todtschlage überhaupt erst andere Fälle gleichzustellen, kann somit gar nicht gesprochen werden, da ihre Absicht jedenfalls nur darauf ging, sie ganz sicher vom Morde, dem sie vielfach gleichgestellt waren, zu unterscheiden. Unter allen Umständen aber waren unter den unfürsetzlichen Todtschlägen nicht rein kulpose oder gar kasuelle Tödtungen gemeint; denn ein gewisser Dolus wurde auch von der „gewonheyt etlicher gegent“ als Voraussetzung der Todesstrafe verlangt — die Absicht, überhaupt zu verletzen; andere als die mit solcher Absicht begangenen Tödtungen sollte das Wort „unfürsetzlich“ sicher nicht bezeichnen [13]).

---

13) Das „fürsetzlich“ bezieht u. A. schon Malblank auch auf die Todtschläger (Geschichte der peinl. Gerichtsordnung etc. S. 33: „Der gemeine fürsetzliche Todtschlag“; S. 149: „Fürsetzliche Todtschläger — fürsetzliche muthwillige Mörder“ etc. Zöpfl (Vorwort zur ersten Ausgabe der peinl. Gerichtsordnung p. VII) meint, es sei bei der endl. Redaktion darüber gestritten worden, ob das Wort fürsetzlich für den Todtschläger passe, und, um den Mangel der Prämeditation auszudrücken, sei das Wort „unfürsetzlich“ vorgeschlagen, dann aber wieder fallen gelassen worden, weil Einer einwendete, dass dieses Wort auch die culpa umfasse und daher zu Missverständnissen führen könne. Aber selbst wenn damals unter Mord die prämeditirte Tödtung verstanden worden wäre, so wäre doch einerseits nicht zu begreifen, wie überhaupt darüber gestritten werden konnte, ob man nicht einem Worte, das nach dem allgemeinen Sprachgebrauche nur den direkten Dolus bedeutete, stillschweigend eine dem Volke so jedenfalls unverständliche andere Bedeutung beilegen sollte. Anderseits wäre noch

Es erübrigt nun noch, zu untersuchen, ob nicht der sonstige Gebrauch des Wortes „fürsetzlich“ in den Halsgerichtsordnungen, wie Güterbock meint, gegen die von John vertretene Anschauung spreche. Nun kann sicher nicht behauptet werden, dass es sonst irgend einmal im blossen Gegensatze zum unüberlegten absichtlichen Handeln steht; vielmehr können alle in den von Güterbock[14]) citirten Stellen besprochenen Handlungen auch fahrlässig begangen werden, so dass es einer Hervorhebung des Vorsatzes wohl bedurfte, während der Vorbedacht den Charakter derselben nicht im geringsten mehr verändert. Abgesehen hievon ist insbesondere im Falle der Abtreibung der Leibesfrucht Mangel des Vorbedachtes, namentlich wenn die Frau selbst die Thäterin ist, sehr gut denkbar. Und gar die Tödtung des neugebornen Kindes, welche nach Güterbock die Mutter nur mit Vorbedacht verübt haben kann (?) — ist sie nicht meistentheils gerade nicht vorbedacht? Dennoch stellt der Art. 131 der fürsetzlichen Kindestödtung nicht die im Affecte begangene entgegen — einfach desshalb, weil mit dem Worte fürsetzlich nur der direkte Dolus bezeichnet sein soll und bei der Kindestödtung nicht weiter unterschieden wird.

Während also fürsetzlich in allen anderen Stellen wirklich nur den Gegensatz zur Fahrlässigkeit bezeichnet, ist das Wort „bösslich“ gerade nicht, wie Güterbock behauptet, gebraucht, „um den animus necandi im Allgemeinen, namentlich im Gegensatze zur Fahrlässigkeit und zum Zufalle“ hervorzuheben, sondern in dem einschlägigen Art. 142 soll es dem Unrechte im Gegensatze zum Rechte Ausdruck geben. Wer in Nothwehr tödtet, wird in den

weniger einzusehen, warum die Redaktoren, wenn ihnen der Begriff des Vorbedachtes so geläufig war und beim Morde vorschwebte, nicht gleich das Kind beim Namen nannten, sondern ein anderes Wort zu Hilfe nahmen, als sie aber einsahen, dass daraus Missverständnisse entstehen könnten, den ganzen Gedanken aufgaben, weil sie — kein passenderes Wort fanden.

14) a. a. O. S. 235 N. 1.

meisten Fällen vorsätzlich tödten; also kann mit dem Worte „bösslich“ auf keinen Fall der Vorsatz entgegengesetzt sein.

Den Schlüssel zur Feststellung des Mordbegriffes erblickt nun Güterbock in Bamb. 240 und zwar in den Worten:

> „furgesetzte mörderej die mit bosshaftiger vorbetrachtung und verwartung geschicht. Doch sollen in disem fall todschlag die von ungeschichten auss zorn und on bösen furgesatzten willen gescheen nit gezogen seyn.“

Auch hier ist wieder die Absicht des Gesetzgebers in's Auge zu fassen. Wie der Eingang jenes Artikels bezeugt, sollte die Sammthaft Derer, welche mit dem Kläger in demselben Halsgerichte sitzen, desshalb begründet sein, weil sonst wegen der hohen Processkosten solche Verbrecher meistentheils straflos blieben. Dieser Grund ergibt im Zusammenhange mit dem Charakter der aufgezählten Fälle selbst, dass es sich darum handelt, gewissen ganz besonders und allgemein gefährlichen Individuen ihr Handwerk zu legen, die Gemeinde davor zu schützen. Es sind so ziemlich wieder dieselben Verbrecher zusammengestellt, wie die in früheren Gesetzen unter den schädlichen Leuten Begriffenen. Schon daraus ist abzunehmen, dass an eine Species des Mordes gedacht ist, die sich nicht gegen eine einzelne Persönlichkeit wegen besonderer Beziehungen geäussert hat, sondern die auch in der Folge Jedermann gefährdet, d. h. vorzugsweise, vielleicht ausschliesslich an den Raubmord. Charakteristische Merkmale solcher Fälle sind freilich Vorbetrachtung und Verwartung, weil der Raubmord meistens mit Vorbedacht und Auflauern verübt wird. Uebersehen werden darf aber nicht das Wort „bosshafftig“ bei Vorbedacht; macht dies nicht so recht anschaulich den verwerflichen Zweck der eben desshalb so gefährlichen Handlung, wie anderseits die Worte „on bösen furgesatzten Willen“ nur bedeuten, dass der Thäter keinen solchen Zweck im Auge hatte? Nicht der fürgesetzte Wille

überhaupt fehlt im zweiten Falle, sondern der böse fürgesetzte Wille, die bosshaftige Betrachtung, das gewinnsüchtige Motiv. Wenn für die specielle Frage des Art. 250 der Bamb. der Vorsatz noch besondere Merkmale erhalten hat, weil es galt, eine bestimmte Kategorie innerhalb der Mörder zu kennzeichnen, so kann darin nicht der Schlüssel für die Feststellung des Begriffes Mord überhaupt gefunden werden. Im Gegentheile, weil nur hier von der Vorbetrachtung die Rede ist, wo sie überhaupt nicht leicht fehlen wird, ist anzunehmen, dass dieses Merkmal, wenn es auch sonst zum Morde gehört hätte, mit dem ihm eigenen Namen genannt worden wäre. Ueberdiess müsste man, wenn man im Art. 250 wirklich den Mord überhaupt charakterisirt sehen würde, consequent so weit gehen, zu dessen Thatbestand auch das Auflauern zu verlangen. Denn wenn Güterbock, um dieser Consequenz zu entgehen, die „verwartung" nur ein „recht prägnantes Beispiel" nennt, so könnte er eben so gut auch in der Vorbetrachtung ein Beispiel erblicken; die beiden Ausdrücke eine so verschiedene Rolle spielen zu lassen, dazu gibt die Stelle keinen Anlass.

Im fraglichen Art. 250 ist übrigens nicht blos die Tödtung „in der aufflammenden Hitze des Affektes" entgegen gestellt, sondern dem Zwecke der Stelle gemäss jede nicht aus jenem verwerflichen und gemeingefährlichen Motive verübte; allgemein drücken dies die Worte „on bösen furgesatzten willen" aus; der Affekt speciell ist erwähnt durch die Worte „aus Zorn", und ausserdem ist noch die fahrlässige Tödtung genannt — „von ungeschichten". A. M. ist Güterbock, der unter sämmtlichen Ausdrücken zusammen nur den Affekt versteht. Desshalb muss er consequent auch sagen, „von ungeschichten" bedeute hier wie in Car. 148 sine dolo praemeditato. Diese durch den sonstigen Gebrauch des Wortes ungeschiht in der mittelalterlichen Literatur nicht zu rechtfertigende Interpretation, für die auch die Etymologie keinen Anhalt gewährt, ist durchaus nicht geboten. Wie Art. 250 ohne dieselbe verstanden

werden kann, so verlangt sie auch Car. 148 nicht; denn dieser Art. spricht wirklich von Fällen, in denen Etwas **zufällig** geschieht, nemlich dass Leute, die sich nicht verabredet haben, bei einer Rauferei zusammenkommen. Nicht der Einzelne freilich betheiligt sich zufällig; er hat wohl die Absicht, sich zu betheiligen. Aber Zufall ist es, dass alle diese Leute, die nicht einen gemeinschaftlichen Plan verfolgen, zusammenkommen; wenn daher bei dieser Gelegenheit ein Mensch um's Leben kommt, so ist dies nicht das Resultat eines gemeinschaftlich hierauf gerichteten Willens, und desshalb soll — wieder aus Missverständniss des römischen Rechts [15]) — nur dann Jeder für den Erfolg haften, wenn der eigentliche Thäter unbekannt ist. Den Gegensatz zu dieser zufälligen, nicht einem übereinstimmenden Willen entsprechenden Vereinigung bildet die „fürsetzliche", d. h. die absichtliche, in Folge eines gemeinschaftlichen Willens und Zweckes zu Stande gekommene, und die auf diese Weise verübte Tödtung unterscheidet sich von der vorhergenannten lediglich dadurch, dass sie Jeder der Genossen wollte, also auch ohne Weiteres Jeder dafür zu büssen hat. Auf den Vorbedacht, durch welchen allenfalls dieser Wille verstärkt ist, kommt es dabei gar nicht an; es ist daher auch nicht zuzugeben, dass in der Ueberschrift zu Car. 148 blos die Prämeditation und deren Mangel entgegengesetzt sind.

Somit ist denn kein Grund vorhanden, das Wort „ungeschicht" hier und in Bamb. 250 anders als in Car. 146 zu erklären; es wird damit eben so der Gegensatz zu einem absichtlichen Handeln ausgedrückt, wie mit dem Worte „unfürsetzlich." Dass letzteres wirklich die Fahrlässigkeit bezeichnet und nicht blos den unüberlegten Vorsatz, beweist schliesslich noch der von **John** citirte Art. 134 der Carol. Zwar findet **Güterbock** auch in diesem Art. den Gegensatz im Vorbedachte; aber unbestreitbar ist doch, dass „williglich" und „unfürsetzlich" sich entgegenstehen.

15) Vgl. die Noten 2 und 3 des vorigen §.

Damit ist doch die Annahme, dass die Carolina unter Umständen auch unter der unfürsetzlichen Tödtung eine willigliche verstanden habe, unbedingt ausgeschlossen. Wenn auch der Dolus des absichtlich tödtenden Arztes meistens durch Prämeditation specialisirt ist, so muss doch, damit jene Stelle überhaupt einen Sinn hat, mit dem „unfürsetzlich“ eine des Dolus überhaupt entbehrende Handlung gemeint sein [16]).

Es lässt sich also nicht nachweisen, dass die Carolina mit dem Gebrauche des Wortes „fürsetzlich“ vom allgemeinen Sprachgebrauche abgewichen sei und ist demnach mit John festzuhalten daran, dass mit demselben nichts Anderes als der animus occidendi, unser vorsätzlich gemeint ist und die beiden Begriffe Mord und Todtschlag gleichmässig davon umfasst sind. Daraus dürfte zum Schlusse folgendes Resultat zu ziehen sein:

Die peinliche Gerichtsordnung Karl's V. bedroht (in Uebereinstimmung mit der Bambergensis und Brandenburgensis) die vorsätzliche, nicht durch Nothwehr oder sonst besonders entschuldigte Tödtung mit dem Tode. Diese Strafe soll vollzogen werden mittels des Rades; doch soll die schmachvolle Todesart dann in die mildere der Enthauptung umgewandelt werden, wenn der Thäter sich in Folge eines äusseren Anlasses in Aufregung und Zorn befand.

Dass diese Begriffsbestimmung von der unserer modernen Gesetzgebung, nach welcher Todtschlag dann vorhanden ist, wenn die vorsätzliche Tödtung nicht durch die Ueberlegung specialisirt ist, grundverschieden ist, liegt auf der Hand; sie ist aber auch, wenn die Todesstrafe bestehen soll, weit consequenter und rich-

16) Man braucht desshalb noch nicht anzunehmen, dass mit „und doch unfürsetzlich“ in Art. 134 ganz das Nemliche gesagt ist, wie mit „aus unkunst oder unfleiss.“ Dies sind eben Beispiele, denen mit jenen Worten ungefähr beigefügt ist: oder sonst, kurz, überhaupt unvorsätzlich.

tiger. Treffend bemerkt John hiezu: „Wenn bei jeder dolosen Tödtung der Thäter das Leben verwirkt hat, so ist es zwar schlimm, wenn der Richter die That unrichtig qualificirt und der Thäter eine härtere Todesart zu erdulden hat; aber nicht zu vergleichen ist diese Folge eines richterlichen Irrthums damit, wenn der Richter wegen Irrthums über das Vorhandensein des qualificirenden Momentes statt der Freiheitsstrafe die Todesstrafe verhängt."

Dem sei hier nur noch beigesetzt: Der Richter, welcher die peinliche Gerichtsordnung zum Gesetze hatte, qualificirte sicher die That selten unrichtig so lange, bis die Auslegung dieses Gesetzes das Moment der Ueberlegung in dasselbe hineintrug. Nicht sonderlich schwer war es für ihn, zu ergründen, ob den Thäter eine Veranlassung zum Handeln trieb, die seinen Zorn erregen konnte, oder ob eine solche fehlte. Dieses mehr äussere, greifbare Moment liess sich aus den Umständen entnehmen, der Thäter musste es ja beweisen; den Mangel der Ueberlegung wird Dieser kaum zu erweisen, der Richter kaum zu erkennen vermögen.